



ROSTROS & RASTROS
Justicia, comunidad y responsabilidad social

Revista del Observatorio de DD. HH. del Instituto de Estudios del Ministerio Público

Año 9 / n.º 20 / Enero-Junio de 2018
Publicación semestral

Director
Miguel Álvarez-Correa Guyader-Cohen

Editor
Instituto de Estudios del Ministerio Público
Carrera 5ª n.º 15-80 p. 16
Bogotá, D. C., Colombia
PBX (I) 587 87 50, ext. 11621

Coordinación editorial
Luis Enrique Martínez Ballén

Diseño de portada y diagramación
Natalia del Pilar Cerón Franco

Impresión
Imprenta Nacional de Colombia

Bogotá, Colombia, Junio de 2018

Escríbanos sus comentarios a
rostrosyrastros@procuraduria.gov.co

ISSN: 2027-3029

ROSTROS & RASTROS

En esta edición

Presentación

"La vida solo puede ser comprendida mirando para atrás; mas solo puede ser vivida mirando para adelante" (Søren Aabye Kierkegaard1)

Por complejo que pueda resultar, la mayor dificultad de cualquier proyecto no radica forzosamente en sus inicios, sino en alcanzar una sostenibilidad acompañada de calidad a lo largo del tiempo.

La construcción de una revista científica no conforma la excepción de este postulado.

No se trata del mero hecho de impulsar la publicación de unos textos, sino también de velar por la pertinencia e idoneidad de sus contenidos, por su actualidad, su fácil comprensión, garantizando de este modo una mayor divulgación cargados de aportes constructivos.

Desde esta perspectiva, *Rostros & Rastros* en sus primeros diez años de vida ha tenido una evolución, yendo de menos a más, tanto en sus contenidos como en su diseño. Los mismos lectores son quienes, en fin de cuentas, resultan siendo los jueces de este ejercicio.

Desde una perspectiva émica –esto es, de "adentro hacia fuera", como integrante del equipo de la revista–, la "pertinencia en los contenidos, la facilidad en la comprensión, el desarrollo de problemáticas diversas y la puntualidad en las entregas" han conformado las principales características que se ha pretendido promover.

ALGUNOS DATOS GENERALES SOBRE LA REVISTA ROSTROS & RASTROS PERÍODO SEMESTRE II 2008-SEMESTRE I 2018 (n.os 1-20)	
Y = 8,75	Artículos por número.
Y = 4,95	Artículos promedio de investigación por número (equivalente al 56,57 % de todos los documentos publicados).
Y = 2,9	Artículos tipo ensayo promedio por número (equivalente al 31,14 % de todos los documentos publicados).
Y = 0,9	Artículos promedio publicados que no son ni ensayos ni investigación (equivalente al 18,18 % de todos los documentos publicados).
Y = 80	Número de páginas promedio por revista.
Y = 50,86 %	Proporción total, en diez años, de artículos elaborados por profesionales de la Procuraduría General de la Nación.
Y = 44 %	Proporción total, en diez años, de artículos elaborados por profesionales que no pertenecen a la Procuraduría General de la Nación (universidades, institutos, organizaciones no gubernamentales, etc.).
Y = 5,14 %	Proporción total, en diez años, de artículos elaborados por autores internacionales.

[1] (1813-1855). Filósofo y teólogo danés del siglo XIX. Padre del existencialismo.

Partiendo de estas premisas, *Rostros & Rastros ha entregado en diez años 175 artículos,* los cuales en un 56,57 % son documentos producto de investigaciones, ensayos en un 31,14 %, debates, crónicas y varios en un 10,28 %, con cuentos y poemas que ocasionalmente entran a nutrir el aparte lúdico de los ejemplares; todo ello para un promedio de 8,75 textos publicados por cada uno de los veinte números semestrales que hasta ahora se han editado.

Otro determinante de los pilares de esta empresa radica en el respeto por las opiniones de los autores, independientemente de su condición (funcionarios de la Procuraduría General de la Nación: 50,86 %, escritores externos: *44 %*[2]), sin importar que estén o no alineados con las posiciones institucionales; en ello radica la libertad de opinión científica basada en la evidencia y el debate libre y abierto.

ARTÍCULOS PUBLICADOS
EN LA REVISTA ROSTROS Y RASTROS, n.os 1-20

N.º de la revista	Total artículos publicados	N.º de artículos de investigación	N.º de artículos tipo ensayo	Otros artículos	Comentarios
1 (2008 II)	7	2	5	0	Número especial sobre el sistema de responsabilidad penal para adolescentes
2 (2009 I)	9	3	6	0	-
3 (2009 II)	8	3	4	1	-
4 (2010 I)	12	5	6	1	Se incluye el primer cuento.
5 (2010 II)	9	3	5	1	-
6 (2011 I)	12	6	4	2	-
7 (2011 II)	9	7	0	2	Se incluye la primera crónica.
8 (2012 I)	10	8	0	2	-
9 (2012 II)	10	8	0	2	Número especial sobre jóvenes.
10 (2013 I)	13	7	4	2	Número especial sobre minería.
11 (2013 II)	10	7	2	1	-
12 (2014 I)	7	6	1	0	Se incluye el primer poema.
13 (2014 II)	7	6	1	0	-
14 (2015 I)	6	4	1	1	-
15 (2015 II)	8	4	2	2	-
16 (2016 I)	7	4	3	0	-
17 (2016 II)	7	6	1	0	-
18 (2017 I)	8	3	4	1	-
19 (2017 II)	6	3	3	0	-
20 (2018 I)	10	4	6	-	-
Totales	**175**	**99**	**58**	**18**	**-**

[2] Universidades, independientes, etc.

También es de resaltar que tres de las publicaciones fueron dedicadas a ediciones especiales sobre el sistema de responsabilidad penal para adolescentes, la minería y sobre jóvenes, en términos generales.

Con respecto a los ejes temáticos desarrollados, si bien muchos fueron los tópicos que no se tocaron, se implementaron 22 que a su vez se subdividen en 95 problemáticas conexas. Creemos que esta diversidad refleja las necesidades del país, respondiendo de esta manera como sociedad y como ministerio público a la importancia de abrir debates constructivos.

Así, los primeros cuatro grupos de mayor incidencia que se trabajaron son aquellos que a continuación se relacionan. Es de anotar sobre el particular que el Comité Editorial ha sido en ese sentido un importante determinante, pretendiendo siempre rescatar las iniciativas más proactivas, orientando y acompañando a los autores en esta compleja tarea de escribir.

I. Comunidad, gestión del riesgo, desastre y medio ambiente, 13,92 %.
II. Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, 12,6 %.
III. Economía, 8,86 %.
IV. Política criminal, 8,86 %.

Sin importar las problemáticas abordadas, otro de los filtros aplicados remite a la aplicabilidad y a la practicidad de los contenidos expuestos y desarrollados. Es claro que es común observar la tendencia y la necesidad de publicar por parte de docentes e investigadores, en pro de cumplir las exigencias de la academia.

PROBLEMÁTICAS DESARROLLADAS EN LA REVISTA *ROSTROS & RASTROS* ENTRE LOS n.os 1-20	
Ejes temáticos	%
Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes	12,6
Sistema Penal Acusatorio	7,59
Delitos sexuales	2,53
Política criminal	8,86
Derecho disciplinario	1,9
Familia	7,59
Mecanismos de participación ciudadana y derechos humanos	8,23
Minorías	4,43
Lingüística	1,26
Comunidad, gestión del riesgo, desastre y medio ambiente	13,92
Deporte	0,63
Economía	8,86
Conciliación en derecho y en equidad	2,53
Ministerio público	2,53
Historia	2,53
Jóvenes y espacio social	4,43
Literatura	1,26
Estudio jurídico comparativo	0,63
Consumo digital	0,63

PROBLEMÁTICAS DESARROLLADAS EN LA REVISTA *ROSTROS & RASTROS* ENTRE LOS n.os 1-20	
Corrupción	5,06
Daño y responsabilidad civil	0,63
Aspectos laborales	1,26
Gran total	**100**

La responsabilidad de este estado de cosas recae en quienes impulsan este sistema, mas no en los autores que siguen esta ruta con el único fin de "sobrevivir" en el medio. Consciente de esta realidad, el IEMP a través de su revista científica ha logrado mantener autonomía en ese sentido, sin importar el origen de los textos ni la naturaleza de sus dueños.

Adicionalmente, quiero aprovechar este espacio para agradecer a todas aquellas personas que se arriesgaron a acompañarnos en esta travesía y a aquellas que lo harán más adelante, lo cual conlleva una dosis de valentía y de arrojo a estar dispuesto a confrontar y a escuchar al mundo y al país, así como a todos "mis compañeros de Revista" en estos diez primeros años como su director.

Sí, la Revista cumple diez años de vida, diez años de no dejar de intentarlo, fortaleciendo un sueño que se volvió realidad y que ojalá podamos llevar aún más allá.

En esta oportunidad, el número 20 ofrece diez artículos, con contenidos más jurídicos que lo acostumbrado, producto de la combinación entre los textos presentados y aquellos aceptados. Entre los aspectos abordados están el teletrabajo, el incidente de reparación en el marco del Sistema Penal Acusatorio, el abordaje de los terrenos baldíos, las criptomonedas como un fenómeno de actualidad que viene generando diversos debates, el manejo legal del consumo de sustancias psicoactivas en el ámbito laboral, la consulta previa, el pensamiento crítico con Lola Cendales y el daño material en la responsabilidad contractual.

A todos bienvenidos, no se bajen, el viaje sigue.

Miguel Álvarez-Correa G.
Director Revista *Rostros & Rastros*

Pausa para la memoria

"Llegar al año 10 de una revista académica y contar con 20 números es un logro que refleja el trabajo constante de quien la lidera y del equipo interdisciplinario que participa en la dinámica de su sostenibilidad. Parte de esa dinámica es la selección de artículos, en la que se ha buscado permanentemente que, además de contar con textos que permitan una fluida y agradable lectura, generen discusión, aporten información novedosa y que sean de utilidad para la comunidad académica que está atenta a la producción científica y editorial del Instituto de Estudios del Ministerio Público".

Luis Enrique Martínez Ballén



"Durante estos 10 años las revistas colombianas han sido objeto de una redefinición que parte de la existencia de unos parámetros referenciales internacionales, ellos tienen como ejes el registro y progresivamente la citación.

Este proceso no ha sido sencillo, la autoridad científica solicita mantener un sistema de registro que en mucho entra a transformar las representaciones y prácticas sobre la visibilización del nuevo conocimiento y del intercambio de ideas académicas, dando relevancia a la comunicación de un determinado material que en tales referenciales es considerado valioso y, en contario, desestimula la generación de contenidos que no responden a la economía de puntos diseñada.

La aplicación de esta idea ha generado el uso de incalculables recursos del sector académico en el registro, ajuste de procesos, conformación de instancias de validación y arbitraje, inclusión en bases de datos, apropiación de un lenguaje y terminología, procesos de formación, horas de dedicación de personal, cierre de revistas, curva de aprendizaje, cuyo impacto en términos científicos no puede tener una única mirada sino diversas perspectivas de valoración y, entre ellas, está la de formación de escritores y tratadistas académicos, de investigadores y de artesanos de teorías.

La persistencia de revistas como Rostros y Rastros resguarda el espacio para que el intercambio de ideas logre desbordar el paradigma de la normalización, en donde la noción de producción que impera ceda el paso a la construcción de conocimientos socialmente útiles y políticamente deseables, en donde los intelectuales puedan ver ensayos sobre comprensiones nuevas y desafiantes.

Durante estos años el Instituto de Estudios del Ministerio Público y la Revista han apoyado la promoción y consolidación de un sector científico y de la innovación en el país, dentro de sus posibilidades. Al igual, la Revista ha contado históricamente con la indexación y continúa con los registros en base de datos para obtenerla nuevamente.

Además, existe una declaración de principios sobre la identidad de la Revista Rostros y Rastros que parte de la apertura sobre la libertad de comunicación de conocimientos fundados en campos epistemológicos válidos, de manera que la Revista ha aceptado artículos que obedecen a marcos disciplinares y enfoques diversos que sean relevantes académicamente".

Ómar Augusto Vivas Cortés

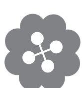


"Mucho antes de ingresar al Instituto, lo conocí a través de la Revista Rostros y Rastros. La leía con respeto y dedicación, admirado de que un producto de tanta calidad pudiera salir de una entidad pública, ya que a veces tenemos el prejuicio de que una revista de calidad académica solo es posible en ámbitos universitarios.

Diez años de vigencia para una revista con pretensiones científicas no es tarea fácil de mantener. Ha sido el esfuerzo de sus creadores, de su equipo de trabajo infatigable frente a las adversidades y de una entidad que está convencida de que es posible y necesario construir conocimientos para mejorar la calidad de vida de los habitantes de este país.

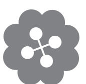
Celebro hoy día la persistencia de diez años de labor ininterrumpida y por supuesto agradezco a los realizadores la oportunidad que me dieron al participar como miembro activo, desde hace cinco años en este proyecto".

Wálter Rafael Azula



"Ha sido una experiencia enriquecedora pertenecer al Comité Editorial, que me ha permitido conocer y aprender otras ciencias distintas a las jurídicas, compartir con otros profesionales con quienes hemos hecho un excelente equipo de trabajo en beneficio del conocimiento de las ciencias sociales en el país; feliz por los 10 años de la Revista, labor que no es fácil, que sean mucho más".

Arturo Ronderos Salgado



Determinantes de las políticas públicas que favorecen y estimulan el teletrabajo en el sector empresarial

Investigación

Recibido: 17 IV 2018; Aceptado: 30 IV 2018

AUTORES: Gabriel Silva A.[1]
Rodolfo Martínez G.[2]

Resumen

El objetivo de la investigación consistió en la identificación de los determinantes necesarios desde la perspectiva del sector público que permiten incrementar la competitividad sistémica para el sector empresarial a través del teletrabajo profesional. El método de investigación utilizado fue mixto secuencial exploratorio a través de la Quinta Hélice Sistémica (QHS) (R. Martínez, 2012b), una evolución de la Triple Hélice, pero con enfoque sistémico, realizado como tesis doctoral en el Instituto Tecnológico de Costa Rica durante los años de 2016 y 2017; se propone una serie de variables sistémicas para el sector público con la finalidad de identificar el estado de desarrollo y competitividad de las políticas públicas, generando con ello indicadores para el sector gubernamental desde la perspectiva y requisitos de la empresa. Con los resultados obtenidos se aportó información de referencia al sector público desde la perspectiva de políticas públicas necesarias para incentivar el teletrabajo en las empresas. La principal contribución es el establecimiento de las bases para las políticas públicas necesarias para incrementar la productividad laboral por medio del teletrabajo.

Palabras clave

Capital humano, competitividad sistémica, políticas públicas, productividad laboral y teletrabajo.

Introducción

El teletrabajo, según expertos, llegará a convertirse en el nuevo oficio del siglo XXI, representando una poderosa herramienta de eficiencia en los sectores de la economía relacionados fundamentalmente con los servicios. La rápida expansión de las tecnologías de la información hace prever que en el futuro aumente considerablemente el número de personas que realicen sus actividades laborales y profesionales sin necesidad de acudir a un lugar fijo de trabajo y que estarán conectadas con sus empresas a través de un ordenador personal, el correo electrónico o Internet (Hodson, 1994).

La influencia que ejercen la innovación y sofisticación de las tecnologías en la vida profesional y personal de los individuos ha permitido una rápida asimilación dentro de los ámbitos de la sociedad económicamente activa, mientras que en otros su velocidad de integración tecnológica ha sido menor, como es el caso del ámbito laboral, donde el impacto ha sido de forma sostenida y en crecimiento. En Latinoamérica, bajo un enfoque sistémico, el teletrabajo podría contribuir a los distintos sectores de la sociedad como lo son gobiernos, empresas, universidades, cámaras empresariales y firmas consultoras.

Desde la perspectiva teórica, el sector de la academia ha generado grandes aportes a través de los siguientes autores como los son los estudios realizados por Nilles (1976); Huws, Korte, y Robinson (1990); Huws y otros (1990); Gillespie y Feng (1994); Schepp (1995);

[1] Estudiante doctoral del programa Dirección de Empresas del Instituto Tecnológico de Costa Rica, Costa Rica. Código ORCID: orcid.org/0000-0002-4881-181X. Correo electrónico: gabriel_silva@yahoo.com.

[2] Profesor-investigador de tiempo parcial en el Instituto Tecnológico de Tijuana, México, Código ORCID: orcid.org/0000-0001-6501-9851. Correo electrónico: rodolfo.martinez@tectijuana.edu.mx.

INVESTIGACIÓN

Résumé

L'objectif de la recherche était d'identifier les déterminants nécessaires du point de vue du secteur public qui permettent d'accroître la compétitivité du secteur des entreprises grâce au télétravail professionnel. La méthode de recherche utilisée était séquentielle mixte et d'exploration, à travers de la Cinquième Élice Systémique (QHS) (R. Martínez, 2012b), une évolution de la triple hélice, mais avec l'approche systémique, menée comme une thèse de doctorat au Costa Rica á l´ Institut Technologique, pendant les années de 2016 et 2017. Celle -la propose un certain nombre de variables systémiques pour le secteur public afin d'identifier l'état du développement et de la compétitivité des politiques publiques, générant ainsi des indicateurs pour le secteur public du point de vue des exigences des entreprises. Avec les résultats obtenus, des informations de référence ont été fournies au secteur public du point de vue des politiques publiques nécessaires pour encourager le télétravail dans les entreprises. La principale contribution est l'établissement de la base des politiques publiques nécessaires pour accroître la productivité du travail par le télétravail.

Mots clés

Capital humain, compétitivité systémique, politiques publiques, productivité du travail et télétravail.

Saxena y Mokhtarian (1997); Liskin (1997); Teo y Lim (1998); Lamond, Standen, y Daniels (1998); Wikstrom, Lindén, y Michelson (1998); Lars (1998); Ellison (1999); Kurland y Bailey (2000); Baruch (2000); Kerrin y Hone (2001), entre otros, coinciden en la aproximación a la definición del teletrabajo, pero sin coincidir en algunos puntos particulares, como es la normativa legal.

La literatura bajo el contexto de la situación actual de la temática del teletrabajo señala un incremento en los estudios de investigación desde la década de los años ochenta a raíz de la rápida evolución, crecimiento e innovación de las tecnologías de información y comunicación (TIC), han creado mayores áreas de oportunidad para identificar, profundizar y desarrollar líneas de investigación y especialización. En Latinoamérica, organismos e instituciones como OIT/Cinterfor, Cepal/e-LAC2015 y Conocer han realizado esfuerzos por impulsar y masificar, en conjunto y por separado, el uso de esta modalidad laboral en la región latinoamericana en el siglo *xxi*.

El proyecto de investigación comprende el estudio de empresas que realizan actividades laborales de forma parcial o total para el teletrabajo profesional, en donde por medio de un análisis cualitativo y cuantitativo se identifican las competencias profesionales necesarias para el desarrollo sectorial del teletrabajo en Latinoamérica, siendo los determinantes de las políticas públicas el objeto de estudio y resultados para ser presentados en el presente artículo.

En el sector gubernamental se han impulsado iniciativas de innovación y eficiencia a través del establecimiento de programas de teletrabajo, mejoras en las condiciones de la infraestructura e impulso del gobierno digital que permitan fortalecer el desarrollo de esta modalidad laboral en el sector empresarial. En la figura siguiente se muestra la estructura general del trabajo de investigación.

Figura 1. Estructura general de la investigación[3]

CAPITULO IV
Servicios Profesionales de Consultoría
CAPITULO III
Gestión de Competencias
CAPITULO II
El teletrabajo a nivel global y su desarrollo en Latinoamérica
CAPITULO I
Planteamiento de la investigación
CAPITULO V
Desarrollo de instrumentos CESI con escala Likert
Entrevistas a profundidad a expertos teletrabajo
Desarrollo de grupos focales
Construcción de la metodología de Investigación propuesta: "Quinta Hélice Sistémica"
Prueba piloto de los instrumentos cuantitativos y cualitativos
Aplicación de encuestas con escala de Reigner
Desarrollo de grupos focales
CAPITULO VI
Tratamiento Cuantitativo (Datos Ordinales)
Resultados cuantitativos (Estadística descriptiva)
Tratamiento Cualitativo
Resultados Cualitativos
CAPITULO VII
Análisis comparativo y generación de resultados y conclusiones por sector sistemico
"Estandar de competencia laboral para los servicios profesionales de consultoría a través del teletrabajo"
Propuestas para futuras investigaciones

Fuente: Elaboración propia.

Pregunta de investigación

La pregunta general de la investigación doctoral es cuáles son las competencias profesionales para el desarrollo sectorial del teletrabajo de consultoría. De la pregunta central se deriva a su vez la siguiente pregunta de investigación específica para el sector gubernamental: ¿cuáles son los determinantes de un estándar de competencia profesional para los servicios de consultoría a través del teletrabajo en el sector gobierno?

Marco teórico

El teletrabajo se empezó a ver como una posible solución a una gran diversidad de problemas individuales, organizacionales y sociales, ya que existía la suposición de que a través de este modelo laboral se podría aliviar el tráfico vehicular en las zonas urbanas, disminuir la polución y reducir el gasto de los recursos naturales (A. S. Martínez, Pérez, De Luis, y Vela, 2003).

Neffa y otros (1987) plantean en su investigación que ante un entorno de inestabilidad económica (empresas) y laboral (trabajadores), es necesario revisar la teoría de Taylor, la administración de tiempos y movimientos, con la finalidad de hacer ajustes y poder evidenciar costos ocultos generados por las empresas y su impacto social, causando una mayor flexibilidad en la fuerza laboral y reduciendo los costos por la eliminación de los tiempos muertos.

Durante las décadas de 1970 y 1980, la disponibilidad de TIC con los atributos y capacidades necesarios para la realización de las actividades laborales no existía o era muy simple, por lo cual el teletrabajo careció del impulso necesario. Estados Unidos jugó un papel preponderante durante el proceso, evolución y liderazgo del teletrabajo en el mundo; en el año 1985 se crea la fuerza de trabajo para el teletrabajo en la ciudad de Los Ángeles, California; en 1987 se convierte en el Consejo Asesor para el Teletrabajo, que posteriormente evoluciona en el Consejo y Asociación Internacional para el Teletrabajo (ITAC) (Joice, 1998).

Por su lado, Toffler (1980) populariza el concepto del "hogar electrónico", que se enfoca en el uso de las computadoras como una herramienta de espacio de trabajo; sus hallazgos contribuyen a la construcción social del espacio de trabajo con el uso de la tecnología y con la popularización del concepto de teletrabajo.

A finales de la década de los 80, específicamente en 1989, el lanzamiento comercial de la World Wide Web en conjunto con el incremento en la

[3] Basado en los modelos de investigación de LART (Rivas T., 2006) y QHS (R. Martínez, 2012a), en donde se define una investigación sistémica sectorial que debe contar con una representación esquemática debidamente ordenada y secuencial, por lo cual se plantea el modelo de investigación bajo un enfoque sistémico a través de una análisis mixto secuencial (cualitativo y cuantitativo).

velocidad de las redes de comunicación y la fácil adquisición de equipos informáticos permite el acceso a la información a millones de personas, lo que da un impulso a lo que se denomina la función ocupacional del trabajo a la distancia, a través de los medios cibernéticos mejor conocido como el teletrabajo. Durante este período Europa es testigo de proliferación de telecentros, *hubs* en las comunidades o vecindarios, que garantizan comunicaciones fiables a los empleados a sus oficinas (Joice, 1998).

En el año 1996 se aprueba en Estados Unidos la ley del aire limpio, en la que se establece una iniciativa nacional para el teletrabajo destinada a reducir los niveles de ozono y dióxido de carbono a nivel del suelo en un 25%. Este hecho es considerado un hito en la historia del teletrabajo en ese país debido a que las empresas que emplearan a más de 100 personas tenían que reducir en un 25 % el tiempo de viaje de estas desde sus hogares a sus centros de trabajo; para ello se debían utilizar medios como vehículos compartidos, incentivos en transporte público, semanas de trabajo condensadas o el teletrabajo.

La reacción del sector empresarial fue optar por el teletrabajo debido a que no solo se obtuvieron los beneficios deseados, sino que también se mantuvo la solución más práctica y popular entre todas las opciones (Joice, 1998). Sin embargo, como se observa en la Figura 2, las emisiones totales de gases de efecto invernadero (tomando en consideración el uso de la tierra y la silvicultura) no han disminuido desde la promulgación de la ley, sino que han venido en ascenso en los últimos años. En el año 2004, el Congreso de los Estados Unidos promulga la ley de asignaciones, que amenaza con el retiro de fondos a aquellas agencias que fallaron en proveer opciones de teletrabajo a todo el personal que fuese elegible (Joice, 1998).

Figura 2. Evolución de la huella de carbono en los Estados Unidos

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de CAIT (2015).

El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas propone en el año 2000 a los países el tema «El desarrollo y la cooperación internacional en el siglo XXI: la función de la tecnología de la información en el contexto de una economía mundial basada en el saber», en el que los países de Latinoamérica, convocados por Brasil y la Cepal, aprueban la Declaración de Florianópolis, que apunta al uso de las TIC para el desarrollo (e-LAC2015, 2015). En la siguiente tabla se muestra la cronología de las diferentes actividades realizadas por la Cepal que permitieron dar origen al actual estudio de investigación.

Tabla 1. Cronología de trabajo del grupo Cepal e-LAC

Año	Evento
1999	El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas resolvió que las reuniones de alto nivel del período de sesiones del año 2000 estuviesen dedicadas a la consideración del tema "El desarrollo y la cooperación internacional en el siglo XXI: la función de la tecnología de la información en el contexto de una economía mundial basada en el saber".
2000	En respuesta a la petición de las Naciones Unidas, los países de América Latina y el Caribe, convocados por el Gobierno de Brasil y la Comisión Económica para América Latina (Cepal), aprobaron en julio de este año la Declaración de Florianópolis, que apuntaba al uso de las tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC) para el desarrollo.
2001	Se celebra la primera reunión por la red regional del Grupo de Tareas sobre las TIC de las Naciones Unidas; se destaca la importancia de la colaboración entre las partes interesadas para hacer frente a este desafío.
2002	Se celebra la reunión de la agenda de conectividad para las Américas y el plan de acción de Quito, en la que se plantea la necesidad de formular programas de acción y estrategias nacionales realistas.
2003	Se desarrolla en Ginebra la primera etapa de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información (CMSI). Paralelamente se celebra la segunda reunión por la red regional del Grupo de Tareas sobre las TIC de las Naciones Unidas, en la que se destaca la importancia de la colaboración entre las partes interesadas para hacer frente a este desafío. Adicionalmente, se elabora la declaración de Bávaro, el paso importante para establecer los principios fundamentales de América Latina y el Caribe para la transición hacia sociedades de la información, dado que ayudó a identificar las principales características de este fenómeno en la región.
2005	Tiene lugar la segunda etapa de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información (CMSI) en Túnez; se propone elaborar el Plan de Acción de Latinoamérica y el Caribe para el período comprendido entre los años 2005 y 2007, que concluye con el Compromiso de Río, que instituye el Plan de Acción de la Sociedad de la Información en América Latina y el Caribe, conocido como e-LAC2007.
2008	En el Salvador se aprueba el segundo Plan de Acción, e-LAC2010.
2010	Aprobación del segundo plan de acción de e-LAC2010, en Lima, Perú. Se cumple el primer encuentro del grupo de e-LAC en Buenos Aires, Argentina, como parte del III Coloquio de la Red de Teletrabajo del Ministerio de trabajo, Empleo y Seguridad Social de la República de Argentina.
2011	Se celebra el segundo encuentro del grupo de e-LAC2015 el 11 de agosto en la sede de la Cepal en Santiago de Chile. Bajo el lema "Integrando fronteras", tiene la finalidad de servir como un primer espacio de encuentro entre los integrantes del Grupo de Teletrabajo de e-LAC2015, se promueven el intercambio de experiencias, el debate y el análisis de temas de actualidad concernientes al teletrabajo en la región.
2012	Se realiza el tercer encuentro del grupo de e-LAC2015, en el marco de la "Primera Feria Internacional de Teletrabajo", llevada a cabo en Bogotá, Colombia, durante los días 26 y 27 de julio. Tiene lugar el Tercer Encuentro del Grupo de Trabajo de Teletrabajo, el cual cuenta con la participación de representantes de los Gobiernos de Argentina, Colombia, Costa Rica y Ecuador y representantes de los sectores público y privado de Colombia, quienes asisten en calidad de observadores.
2013	Se celebra la Cuarta Conferencia Ministerial sobre la Sociedad de la Información en América Latina y el Caribe, en la que se aprueban la Declaración de Montevideo y el plan de trabajo comprendido entre los años 2013 y 2015, en la capital de Uruguay. Adicionalmente, se celebra el cuarto encuentro del grupo de la e-LAC2015 en San Pablo, Brasil, el 1° y 2 de abril; participan representantes de Costa Rica, Ecuador, Brasil, Argentina y México. La importancia de este encuentro reside en la participación de sindicatos brasileros, argentinos y empresas que desarrollaron en Argentina el teletrabajo como una buena práctica. Al respecto pudieron compartirse los testimonios de los sindicatos de telecomunicaciones, así como los de la empresa Telecom Argentina; se presentaron los nuevos programas que integran al teletrabajo tanto en el sector público como en el privado de Costa Rica y Ecuador. Respecto a la experiencia de México, se comparte el proyecto de reforma a la ley federal del trabajo. Se realiza el quinto encuentro del grupo en el marco de la Jornada Internacional de Teletrabajo los días 9 y 10 de septiembre; la inauguración, a cargo del Ministro de Trabajo de la República Argentina.
2014	Se celebra el sexto encuentro el 18 y 19 de septiembre en Guadalajara, México, con sede en el Museo de las Artes de la Universidad de Guadalajara. Significa por sí mismo un logro al convocar por primera vez a autoridades del sector público, cámaras empresariales, representantes sindicales y académicos de México con sus pares internacionales que tienen a su cargo la implementación del teletrabajo en sus respectivas regiones. Este encuentro, convocado por el grupo de trabajo de Teletrabajo e-LAC2015, ha reunido a autoridades del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de Argentina, del Ministerio de Comunicaciones de Colombia, promotores de teletrabajo en Costa Rica y República Dominicana, además de sindicatos, empresas y autoridades gubernamentales del país sede, lo cual permite avanzar en la consolidación de la estrategia e-LAC2015.
2015	En noviembre surge la iniciativa para el diseño de un modelo para el desarrollo del teletrabajo, bajo la figura de un estándar de competencia laboral para el teletrabajo en San José, Costa Rica, como parte de una propuesta del doctor Rodolfo Martínez Gutiérrez, miembro del grupo de e-LAC2015, para ser desarrollado como una investigación doctoral.

Fuente: Elaboración propia a partir de la información contendida en el informe e-LAC2015 (2015).

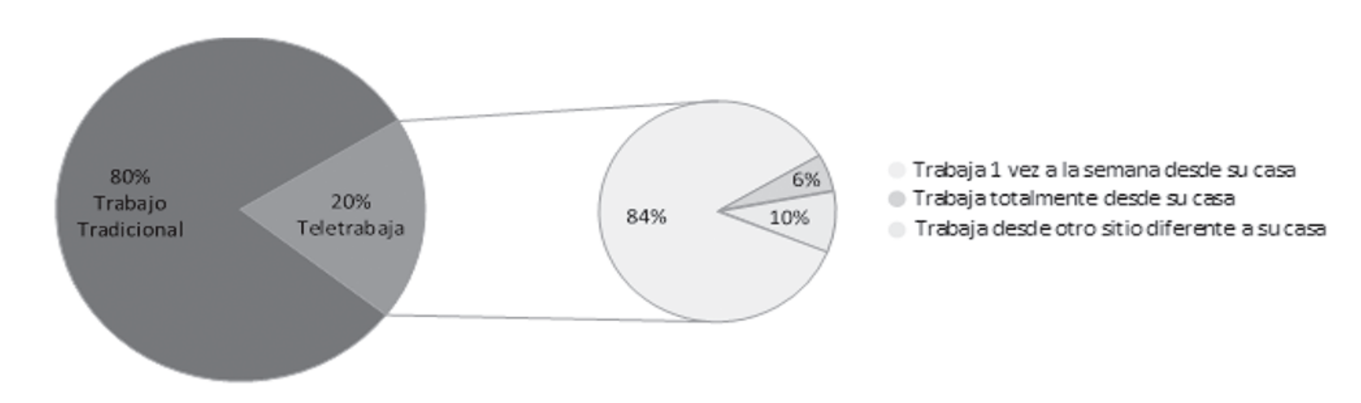
En el año 2001, como parte de la Agenda de Túnez para la Sociedad de la Información, se aprueba la Resolución 56/183, que hace referencia a la creación de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información (CMSI); su objetivo en aquel momento es "(…) redactar y propiciar una clara declaración de voluntad política y tomar medidas concretas para preparar los fundamentos de la Sociedad de la Información para todos, que tenga en cuenta los distintos intereses en juego". Posteriormente, en el año 2005, durante la celebración del Compromiso de Río, correspondiente a la segunda fase de la CMSI, se constituye el "Plan de acción de la sociedad de la información en América Latina y el Caribe", conocido como e-LAC2007 (e-LAC2015, 2015).

En Europa se realiza la reconversión de los trabajadores de la sociedad industrial a trabajadores de la sociedad de la información, una política de Estado para combatir las altas tasas de desempleo, equiparar los niveles de desarrollo de los países miembros y entrar en la vanguardia de la era tecnológica. Ejemplo de esto es el Plan de Concilia en España en el año 2006, que permite una armonía entre el trabajo, la familia y el carácter personal de los trabajadores (Boiarov, 2007).

La Declaración de Bávaro en el año 2003 es un hito importante en Latinoamérica para poder establecer los principios fundamentales para la transición hacia las sociedades de la información y del conocimiento; permite identificar las principales características en la región (e-LAC2015, 2015).

Según la firma consultora MySammy[4] (figura 3), el 20 % de la población económicamente activa a nivel mundial teletrabaja; dentro de ese 20 % existe un 84 % de los teletrabajadores que lo hace una vez al mes y por lo menos un 10 % del mismo total trabaja en su casa u otro sitio diferente al espacio tradicional de trabajo. En Latinoamérica, ha sido un elemento esencial para combatir el desempleo en la región, permitiendo estimar el uso de su fuerza laboral (Gutiérrez P., 2006).


Figura 3. Distribución de las diferentes formas de teletrabajar



Fuente: Elaboración propia a partir de informe de la consultora MySammy.

Un análisis crítico se observa en la región centroamericana; Costa Rica ha generado un liderazgo en el impulso de las prácticas de teletrabajo, como parte de su estrategia de competitividad en los sectores de la sociedad (público y privado).

Esto se evidencia en el informe anual denominado "Hacia la Sociedad de la información y Conocimiento", desarrollado por el "Programa institucional sociedad de la información y el conocimiento" (PROSIC) en el año 2007, en el cual se evidencian el avance y esfuerzo realizados en el país a nivel de legislación e implementación en empresas piloto en los sectores público y privado (Gutiérrez, 2009).

Adicionalmente, se aprecia que la perspectiva de crecimiento del

[4] MySammy LLC. Firma consultora ubicada en Walnut, USA. Empresa pionera en soluciones de medición de productividad laboral. Comenzó como un proyecto de software para la medición del desempeño de los empleados que teletrabajaban. En ese momento, la gerencia experimentó con la idea de permitir a los empleados teletrabajar desde sus casas a través de terminales conectadas a un servidor central. Para sorpresa de la gerencia, no había una solución de software de gestión adecuada en el mercado para medir el desempeño de los empleados en teletrabajo. Se necesitaba una herramienta de gestión fiable para medir la productividad para la empresa ya que los gerentes no eran capaces de ver a los empleados frente a frente y se temía que estos cayeran en la autocomplacencia. El bloqueo de sitios web no productivos no fomentaba la productividad de los empleados en modo de teletrabajo. La clave fue comprometer a tiempo de los usuarios. Por lo tanto, fueron pioneros en una solución de medición de la productividad conocida como MySammy, http://www.mysammy.com/infographics-telecommuter.

teletrabajo es muy alentadora; según el análisis realizado por la firma consultora International Data Service[5], se estima que al final del año 2015 el 37,2% de la población económicamente activa del mundo se encontraría teletrabajando.

Un elemento importante que debe ser considerado para comprender la evolución del teletrabajo parte de las experiencias llevadas a cabo en los diferentes países del mundo a través de los aportes e impactos en la sociedad. En la tabla 2 se muestra la situación del teletrabajo en los países de habla hispana de Latinoamérica donde se posee información oficial disponible al cierre del año de 2016 sobre su normativa legal, estadísticas registradas, impacto socioeconómico y evolución del país.

Tabla 2. Estado de las naciones en Latinoamérica sobre teletrabajo

País	Estatus de la normativa legal	Información estadística registrada	Impacto socioeconómico esperado	Evolución del país
México	Anteproyecto de iniciativa que reforma, adiciona y deroga disposiciones de la ley federal del trabajo, sancionada en noviembre del año de 2012.	Si bien no existen estadísticas oficiales respecto al teletrabajo, al menos 2,5 % de la población económicamente activa se encuentra bajo esa modalidad y esta cifra se incrementa paulatinamente.	Desarrollo socioeconómico de zonas rurales y urbanas. Contribución a la creación de empleo mediante la inserción laboral de personas con discapacidad.	Con el teletrabajo, el país evoluciona mediante la disminución del tráfico vehicular, la reducción de agentes contaminantes y el fomento de zonas de población, mediante la realización del trabajo a distancia.
Argentina	Proyecto de ley de teletrabajo en relación de dependencia. Programa de Promoción del Empleo en Teletrabajo (Propet) que regula su aplicación en empresas privadas.	Más de dos millones de oficinas en el hogar.	Como insumo para el conjunto de las industrias y servicios. Las TIC y el teletrabajo condicionan la economía en todas sus etapas.	Márgenes mayores de cooperación latinoamericana e inserción internacional con países que aplican el teletrabajo.
Uruguay	Proyecto de ley a estudio del Parlamento uruguayo.	La encuesta nacional realizada en noviembre del año 2007 por Grupo Radar (en ciudades de más de 5.000 habitantes) concluye que en Uruguay hay más de 106.000 teletrabajadores.	Desarrollo de una generación de emprendedores / Disminución del desempleo / Menor tránsito y contaminación ambiental.	En noviembre del 2007, cuando el ingreso al país creció de USD 190.000.000 a USD 430.000.000, siendo de las primeras industrias en ingresar divisas al país, contribuyendo así a las relaciones internacionales.
Colombia	Se formalizó mediante la Ley 1221, sancionada en el año 2008, que establece normas para promover y regular el teletrabajo.	Según un informe del Ministerio de Trabajo, en el país hay 31.533 teletrabajadores: en Bogotá alrededor de 23.485, en Cali 3.012 y en Medellín 2.850. "Hay 4.291 empresas que han implementado el teletrabajo: 3.131 en Bogotá, 436 en Medellín, 485 en Cali y 239 en Barranquilla".	Pese a que su penetración es solo del 9 %, el 29 % de las empresas que todavía no han establecido el teletrabajo tienen planes de implementarlo a corto plazo para poder disminuir costos, aumentar la productividad y crear una identidad "trabajador-empresa".	Debido a que Colombia es de los primeros países latinoamericanos en sancionar la ley que regula el teletrabajo, es precursor en acuerdos laborales internacionales con otros países de la región, fomentando así su política exterior en estos términos.

[5] Internet Data Service (IDC). Consultora estadounidense ubicada en Massachusetts especializada en analizar las tendencias del mercado en tecnología, telecomunicaciones y tecnología de la informaación, http://www.idc.com/.

País	Estatus de la normativa legal	Información estadística registrada	Impacto socioeconómico esperado	Evolución del país
Costa Rica	El Decreto 37695 prevé la actualización de la normativa para el teletrabajo en las instituciones públicas. Proyecto de ley para la promoción, regulación e implementación del teletrabajo en Costa Rica, expediente legislativo 18549.	El 97 % de las instituciones tienen acceso a Internet con alta velocidad; en materia de teletrabajo es muy importante porque permite intercambiar archivos "pesados" de información para teletrabajar.	Crecimiento acelerado y reducción de la brecha entre ricos y pobres. Crecimiento constante al 1,25 % anual.	Menos contaminación, menos congestión vehicular (disminución de factura petrolera). Mayor competencia a nivel mundial ya que los países desarrollados incursionan con más fuerza en el teletrabajo, lo que ofrecería una nueva oportunidad.
Chile	Proyecto de ley que introduce el contrato de teletrabajo como contrato especial en el código del teletrabajo. Este hace referencia a que la Ley 19759, que regula las relaciones laborales, modifica el Código del Trabajo para reconocer un nuevo tipo de trabajo, desarrollado en dependencias ajenas a las empresas.	Hasta el año 2010, solo el 2 % de los trabajadores teletrabajaba, variando la cifra hacia el año 2011. De acuerdo con una encuesta de la reclutadora Laborum.com, las ofertas de trabajo para esta modalidad se duplicaron en el último año y las postulaciones a ellas aumentaron en un 32 % según cifras del Gobierno.	La propuesta de teletrabajo como potencial de desarrollo económico-social, bajo el implícito de inclusión laboral para mujeres, jóvenes y discapacitados, fomenta el movimiento laboral, que sirve de vehículo para generar el desarrollo económico y social de dichos grupos en particular y de la economía chilena en general.	Factores invariables (como la posición geográfica), variables a mediano y largo plazo (como la capacidad lingüística y la mano de obra educada) y variables inmediatas (como la difusión y capacitación en el uso de las TIC) son factores para que Chile se pueda desarrollar y convertirse en una alternativa al trabajo presencial.
Perú	Ley 30036, publicada en febrero del año 2013, instala el teletrabajo en este país.	No existen estadísticas al respecto.	El teletrabajador tiene los mismos derechos y obligaciones establecidos para los trabajadores del régimen laboral de la actividad privada.	La ley es reciente; sin embargo, dada la buena conectividad que tiene el país en general, se espera que a través del teletrabajo se aumente la tasa de empleo de este.

Fuente: Elaboración propia a partir de los aportes de la e-LAC2015 (2015).

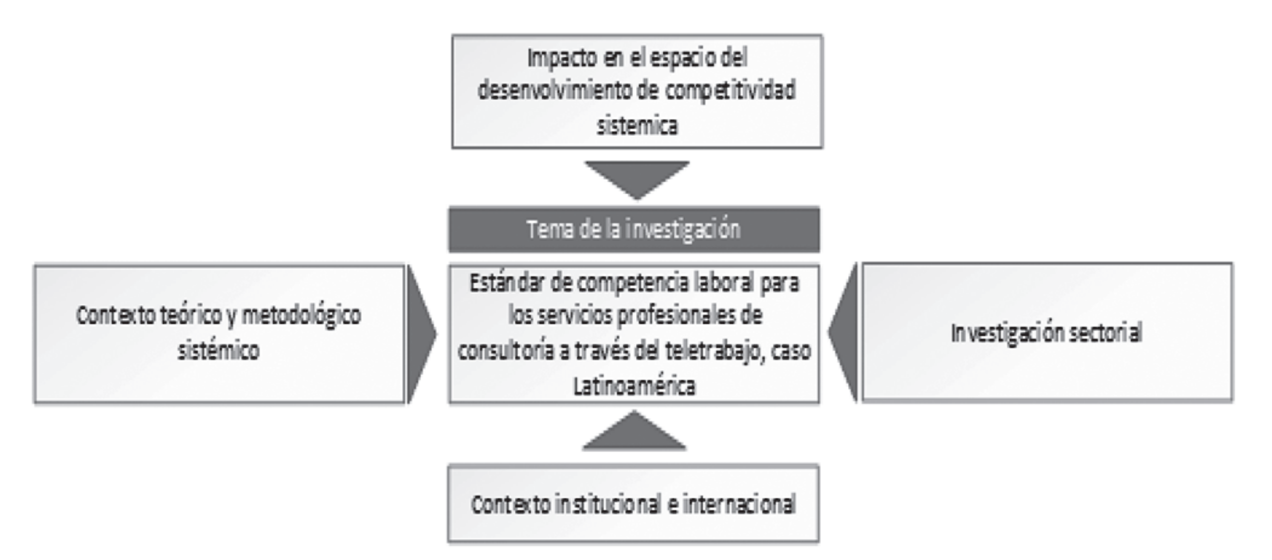
Metodología de la investigación

La estrategia seguida en esta investigación se describe a partir de la etapa de recolección de datos a través del diseño de instrumentos validados por métodos de investigación científica. Dentro de esta fase las referencias metodológicas fueron sustentadas según los trabajos de OIT/Cinterfor (2009) y ONU (2010).

Todo lo anterior sustentó la construcción de instrumentos que se validaron a través de la revisión de especialistas en el área de teletrabajo a nivel internacional, además de entrevistas especializadas que proporcionaron información sobre los determinantes y acciones que inciden desde la perspectiva de las políticas públicas en la competitividad de las empresas a través del teletrabajo, creando una metodología de enfoque de triple hélice (Etzkowitz y Leydesdorff, 2000) de los determinantes de las políticas públicas que inciden en la competitividad del teletrabajo profesional para la toma de decisiones estratégicas y fortalecer el desarrollo económico sectorial.

Al igual que el enfoque de Shinn (2002), en donde se menciona que los funcionarios públicos de gobierno intervienen en el aspecto del desarrollo empresarial, así como especialistas académicos e investigadores proveen sus perspectivas y validación del trabajo de investigación, quienes son informantes seleccionados estratégicamente y representantes de los sujetos de investigación para llevar a cabo la identificación de los determinantes desde la perspectiva del sector público que pueden influir en la competitividad de las empresas, se decidió emplear la investigación mixta secuencial exploratoria, específicamente con sectores empresariales, educación, gobierno, cámaras empresariales y firmas consultoras, quienes proporcionaron información en entrevista en profundidad y grupos focales, lo que llevó a la obtención de hallazgos en la temática de estudio para su posterior interpretación. En la figura 4 se muestra el mapa mental de la investigación.

Figura 4. Mapa mental de la investigación realizada como parte de la tesis doctoral



Fuente: Elaboración propia.

Los participantes seleccionados en la investigación estuvieron en un proceso de entrevistas a profundidad para obtener opiniones que fueron de información complementaria para el diseño de instrumentos de investigación, en las que se plasmaron preguntas fundamentadas en los modelos competitividad a través del teletrabajo profesional con un enfoque internacional, desde los cuales se tomaron determinantes para construir ejes y parámetros de la competitividad que inciden en la productividad y el desarrollo empresarial, desde la perspectiva del sector público.

La investigación se enfocó en el desarrollo de una investigación mixta secuencial exploratoria en la que la unidad de análisis fue el saber conocer, el saber ser y el saber hacer del trabajador especializado en servicios profesionales de consultoría a través del teletrabajo, dentro de una empresa que estuviera realizando de forma total o parcial alguna actividad laboral bajo la modalidad de teletrabajo de forma exitosa durante el año de 2017.

La actividad laboral se definió a través del perfil de servicios profesionales de consultoría de forma virtual, desde la perspectiva de la organización, es decir, a través del uso de las TIC para el ejercicio de la actividad laboral para ejecutar de forma exitosa, que permite lograr un aumento en la productividad laboral dentro de la organización. Se conformaron cinco ejes de sectores sistémicos que interactúan en el medio empresarial: 1) sector empresarial, 2) sector educación, 3) sector Gobierno, 4) sector cámaras empresariales y 5) sector firmas consultoras, siendo el sector gobierno el elemento de análisis del presente artículo de investigación.

La población del estudio fueron empresas que están realizando de forma comprobada total o parcial actividades laborales bajo la modalidad del teletrabajo de forma exitosa, a través de los servicios profesionales de consultoría durante el año 2017, siendo seleccionadas como parte de la muestra intencional empresas en la república de Costa Rica que realizan actividades laborales de teletrabajo de forma exitosa en cada uno de los países que forman parte del estudio. Sampieri, Collado y Lucio (1996) definen la muestra como un subgrupo de la población, catalogándolas en muestras probabilísticas y no probabilísticas.

Las muestras no probabilísticas se basan en la selección de los elementos a ser considerados y parten de causas relacionadas con las características de la investigación, sin tener ninguna dependencia de la probabilidad de la muestra. Por consiguiente, el proceso de selección depende de la toma de decisiones de un individuo o grupo de individuos, basado en los criterios de la investigación, sin la ayuda de procesos sistematizados con base en formulas estadísticas.

La muestra no probabilística dirigida o intencional comprende a un subgrupo de la población cuyo proceso de selección de los elementos se realiza en función de las características de las tasas de las muestras

no probabilísticas, conocidas como muestras dirigidas, en donde su proceso de selección es realizado de modo informal.

La muestra intencional selecciona a un conjunto de sujetos 'típicos' con la percepción de que son datos representativos de la población para ser estudiada y parten de la generalización y extrapolación de los resultados obtenidos hacia la población en estudio. En los estudios de investigación con un enfoque cualitativo, las muestras intencionales generan un gran aporte debido a que realizan una inmersión sobre el detalle en el estudio de campo, con la finalidad de obtener datos relacionados con personas, contextos y situaciones que pueden ser de gran importancia para la investigación por generar información vital a los datos del estudio (Sampieri y otros, 1996).

Autores como Franklin y Ballan (2001) y Mertens (2014) indican que en los muestreos intencionales el investigador puede seleccionar ciertos casos, analizarlos y, de ser necesario, seleccionar casos adicionales con la finalidad de realizar la confirmación de los resultados obtenidos de forma inicial. En etapas posteriores puede seleccionar casos homogéneos o heterogéneos con la finalidad de comprobar los límites y alcances de los resultados obtenidos.

El estudio de investigación se caracterizó por tener una muestra dirigida o intencional debido al nivel de especificidad y conocimiento técnico requerido en la temática del teletrabajo, por lo cual fue necesario que la muestra seleccionada estuviese compuesta por participantes con conocimientos y experiencias previas en la ejecución de esta modalidad laboral, dando origen a los datos representativos del fenómeno estudiado para posteriormente generalizar a la población.

La muestra quedó representada por cada sector de acuerdo con la tabla 3, ya que el cuestionario de enfoque global fue aplicado a diferentes sectores: empresas, Gobierno, educación, cámaras empresariales y firmas consultoras, tomando en consideración su opinión con base en las políticas públicas necesarias para estimular el teletrabajo profesional en las empresas.

Tabla 3. Distribución de muestras por sectores de la investigación

Sector	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Empresarial	63	66,32	66,32	66,32
Educación	16	16,84	16,84	83,16
Gobierno	6	6,32	6,32	89,47
Cámaras empresariales	3	3,16	3,16	92,63
Firmas consultoras	7	7,37	7,37	100

Fuente: Elaboración propia a partir de resultados obtenidos en cuestionario de enfoque global bajo la metodología "Quinta Hélice Sistémica".

El tipo de muestreo utilizado fue no probabilístico[6], el cual permitió seleccionar y dirigir el proceso de la investigación hacia elementos típicos de la población, esto es, seleccionar una muestra razonada o a juicio (Giroux y Tremblay, 2004), cuidando la representatividad al aplicar cuotas razonables para asegurar la representatividad de cada sector educativo, Gobierno, cámaras empresariales y firmas consultoras.

Para determinar el tamaño de la muestra estadísticamente, se utilizó la fórmula cuando se conoce la población. En la tabla 4 se presenta cómo se obtuvo el número de empresas por entrevistar, aunque en esta investigación la muestra fue seleccionada intencionalmente.

[6] Las características del tipo de muestra de investigación fueron no aleatorias, lo que implicó la participación de expertos (Rivas, 2006).

Tabla 4. Determinación de la muestra

$$n = \frac{Z^2pqN}{NE^2 + Z^2pq}$$

N = tamaño de la muestra;	N = 5
Z = nivel de confianza;	Z = 1,96
P = la variabilidad positiva;	P = 0,5
Q = la variabilidad negativa;	Q = 0,5
N = el tamaño de la población;	N = 5
E = LA PRECISIÓN O EL ERROR.	E = 0,05

El tamaño de la población utilizada fue de *n* = 5 debido a la carencia de participantes con experiencias en teletrabajo sectorial en Latinoamérica. Con la finalidad de no generar un sesgo en los resultados, se limitó la población de forma intencional a la cantidad disponible de participantes por sector, lo que permitió obtener como resultado un tamaño de la muestra de *n* = 5, para un total de 5 grupos focales. Adicionalmente, se contó con cinco representantes de cada sector sistémico[7]. Sin embargo, es necesario hacer la salvedad de que, debido a la complejidad de la temática en cuanto a experiencia, conocimiento y exposición de algunos de los sectores y a la carencia de disponibilidad de algunos representantes sectoriales, se tuvo que invitar de forma repetida a algunos representantes sectoriales en diversos grupos focales. Las variables de los instrumentos cuantitativos a su vez se clasificaron en seis categorías de preguntas, con cinco o siete respectivamente.

La escala de respuestas en el caso de la categoría de variables de preguntas generales de competitividad sistémica solo significó el orden de los sectores y en qué medida de significancia contribuyen directamente en las políticas públicas para estimular el teletrabajo profesional en el sector empresarial. En el caso de variables de preguntas específicas, se asignaron siete respuestas en escala de significancia. Las respuestas predeterminadas se ordenaron en escala de 1 a 7. El número 1 significó el nivel más directo de significancia o nivel más alto de respuesta a la pregunta del instrumento; en el caso de las respuestas 5 a 7, representó la menos directa a la pregunta. La medida de las variables fue del tipo escala.

Después de tener los instrumentos de cada representante de los sectores participantes de la investigación, se generaron valores que permitieron diseñar una base de datos para desarrollar un tratamiento de la información y analizar datos estadísticos descriptivos. Se desarrollaron escalas nominales de los datos por sector sistémico, lo cual permitió observar e identificar modas de variables en la valoración de escalas de cada variable, en la que se analizan y se comentan los resultados obtenidos por medio de tablas que presentan frecuencias porcentuales de cada escala de las variables de cada sector, así como las jerarquías de las variables identificadas con mayor valoración, en las cuales cada participante estimó valoración a cada variable independiente contra las variables dependientes de cada sector sistémico.

Dentro de la etapa metodológica de la investigación se desarrollaron preguntas globales como resultado de la participación de varios países a través de cada sector de la Quinta Hélice Sistémica (QHS), presentadas en la tabla 5, que sirvieron de referencia para facilitar la retroalimentación del interés de cada sector y segmentar los temas que orientaron a la identificación de las variables independientes de cada sector.

[7] Los participantes sistémicos fueron: 1. Empresas de Latinoamérica que realizan actividades laborales de servicios profesionales de consultoría a través del teletrabajo; 2. Universidades de Iberoamérica; 3. Representantes de instituciones de Gobierno; 4. Representantes de cámaras empresariales y colegios profesionales; y 5. Representantes de firmas consultoras.

Tabla 5. Preguntas globales planteadas a cada sector sistémica desde la perspectiva del sector Gobierno

Sector	Preguntas
Hipótesis. Gobierno	1. ¿Actualmente las políticas públicas de las instituciones de Gobierno fomentan el desarrollo del teletrabajo? 2. ¿Existen incentivos gubernamentales que permitan fomentar la transición desde el trabajo tradicional hacia el teletrabajo en el sector empresarial? 3. ¿Existe un impulso hacia el gobierno digital como política de país? 4. ¿El Gobierno tiene planteado un plan de atención e incremento de la fuerza laboral inclusiva por medio del teletrabajo? 5. ¿Se encuentran establecidos requisitos y condiciones de infraestructura tecnológica en el país para realizar actividades de teletrabajo de forma exitosa? 6. ¿Existen mecanismos de fortalecimiento e impulso de programas en materia de teletrabajo de instituciones públicas y privadas? 7. ¿Existen mecanismos para la atracción de inversión extranjera directa en función del teletrabajo? 8. ¿El Gobierno tiene disposición de programas y políticas de cooperación internacional en la temática de teletrabajo?

Fuente: Elaboración propia con grupos focales, investigación denominada *Quinta hélice sistémica*.

Se desarrollaron dos tratamientos de la información: el primero fue el cuantitativo con preguntas predeterminadas y opción de respuesta por escala de importancia, como se explicó anteriormente; el segundo fue orientado a una investigación cualitativa realizada por medio de grupos focales, el cual contenía las mismas variables, pero no contenía respuestas predeterminadas, con tres etapas por desarrollar, así:

1. Reconocimiento a cada sector desde la perspectiva y experiencia de cómo cada sector sistémico ha contribuido en el impulso de políticas públicas para incentivar el teletrabajo profesional.
2. Crítica constructiva de cada sector, desde la percepción de cada participante que opinó sobre cuáles eran las áreas de oportunidad que consideró que cada sector debía fortalecer o desarrollar para mejorar el desempeño del sector sistémico y en una última etapa.
3. Compromiso, desde la percepción que cada sector se planteó al establecer la posibilidad de externar los compromisos que consideraban que eran necesarios para desarrollar una dinámica de interacción de los sectores en un sentido de contribuir en conjunto y armonía por crear las sinergias y condiciones que mejoren las políticas públicas para incentivar el teletrabajo profesional.

Del análisis de la información se derivaron los determinantes que, a juicio de los participantes, inciden en el impulso de las políticas públicas que estimulan el teletrabajo profesional en el sector empresarial y la relación que guardan con su comportamiento con las otras cuatro hélices sistémicas, que generaron diversos indicadores de información, se conformaron tendencias de variables independientes que determinan los factores que inciden en la productividad laboral. En la figura 5 se plantean la estructura y las etapas de la investigación cualitativa.

Figura 5. Diseño de la investigación: fase cualitativa

DESARROLLO DE ENTREVISTAS A PROFUNDIDAD

PRIMERA ETAPA

Entrevistas a profundidad con expertos internacionales en el área de teletrabajo

SEGUNDA ETAPA

Construcción metodológica de investigación denominada Quinta Hélice Sistémica (QHS) para identificar temas de agenda para Estándares de Competencias a través del teletrabajo

DESARROLLO DE GRUPOS FOCALES "QUINTA HELICE SISTEMICA"

EMPRESA

UNIVERSIDADES

GOBIERNO

CAMARAS EMPRESARIALES

FIRMAS CONSULTORAS

PRIMERA ETAPA

Análisis Del discurso de 5 grupos focales, por medio de transcripción, textual y ordenamiento de información por sectores sistémico

SEGUNDA ETAPA

Análisis de los discursos por sectores y generación de las tablas de enunciados para determinación de palabras con mayor repetitividad como claves de factores determinantes de competitividad por sector

TRATAMIENTO DE LA INFORMACION CUALITATIVA DE LOS DISCURSOS

RECONOCIMIENTOS A LAS EMPRESAS	CRÍTICA CONSTRUCTIVA	SUGERENCIAS Y RECOMENDACIONES
RECONOCIMIENTOS A LAS UNIVERSIDADES	CRÍTICA CONSTRUCTIVA	SUGERENCIAS Y RECOMENDACIONES
RECONOCIMIENTOS AL GOBIERNO	CRÍTICA CONSTRUCTIVA	SUGERENCIAS Y RECOMENDACIONES
RECONOCIMIENTOS A LAS CAMARAS	CRÍTICA CONSTRUCTIVA	SUGERENCIAS Y RECOMENDACIONES
RECONOCIMIENTOS A LAS FIRMAS CONSULTORAS	CRÍTICA CONSTRUCTIVA	SUGERENCIAS Y RECOMENDACIONES

Fuente: Elaboración propia a partir de los aportes de R. Martínez (2012a).

Por tanto, este diseño de grupos focales permitió identificar los símbolos y significados contenidos en las interacciones entre representantes de empresas, universidades, Gobierno, organismos empresariales y firmas consultoras. Los grupos focales se desarrollaron con entrevistas del tipo Quinta Hélice Sistémica (QHS), considerando que la investigación está adaptada del modelo de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) y de variables del modelo del Foro Económico Mundial (WEF, por sus siglas en ingles), lo que permitió establecer una serie de entrevistas con los sectores sistémicos a través de doce grupos focales con un representante de cada sector antes mencionado, conformando grupos de cinco participantes.

En la figura 6 se presenta la estructura de la investigación cuantitativa por medio de la aplicación de cuestionarios de enfoque global con escala Regnier, de acuerdo con el enfoque sistémico.

Figura 6. Diseño de la investigación: fase cuantitativa

RESULTADOS ANALISIS CUALITATIVO

DESARROLLO DE GRUPOS FOCALES "QUINTA HELICE SISTEMICA"

TRATAMIENTO DE LA INFORMACION CUANTITATIVA DE LOS GRUPOS FOCALES

Resultados de análisis cualitativo basado en grupos focales y entrevistas a profundidad

EMPRESA

UNIVERSIDADES

GOBIERNO

CAMARAS EMPRESARIALES

FIRMAS CONSULTORAS

PRIMERA ETAPA

Construcción de una base de datos por medio de la información recabada de los grupos focales e identificando la relación de las variables dependientes y variables independientes de la investigación

SEGUNDA ETAPA

Análisis por medio de aplicación de herramientas de estadística descriptiva

ESTADÍSTICA DESCRIPTIVA	TABLA DE FRECUENCIAS	DETERMINACIÓN DE MODAS DE VARIABLES
ESTADÍSTICA DESCRIPTIVA	TABLA DE FRECUENCIAS	DETERMINACIÓN DE MODAS DE VARIABLES
ESTADÍSTICA DESCRIPTIVA	TABLA DE FRECUENCIAS	DETERMINACIÓN DE MODAS DE VARIABLES
ESTADÍSTICA DESCRIPTIVA	TABLA DE FRECUENCIAS	DETERMINACIÓN DE MODAS DE VARIABLES
ESTADÍSTICA DESCRIPTIVA	TABLA DE FRECUENCIAS	DETERMINACIÓN DE MODAS DE VARIABLES

Fuente: Elaboración propia a partir de los aportes de R. Martínez (2012a).

Resultados de la investigación

Las conclusiones explican los hallazgos obtenidos en el proceso de determinación de las políticas públicas que estimulan el teletrabajo profesional, con lo que se propone una serie de acciones e iniciativas respecto a los sectores empresarial, educativo y Gobierno, así como para las cámaras empresariales y firmas consultoras. Las respuestas a las variables dependientes presentarán cinco variables independientes jerarquizadas, cada una de ellas en siete niveles, de acuerdo con la importancia que los encuestados opinaron. En la figura 7 se explica el diagrama de correlación de variables.

Figura 7. Diagrama de correlaciones de variables[8]



Fuente: Elaboración propia a partir de la metodología de QHS (R. Martínez, 2012b).

[8] Joan Mateo Andrés, en Alzina (2004), expresa que los estudios correlacionales abarcan aquellos estudios en los que hay interés en describir o aclarar las relaciones existentes entre las variables más significativas de un fenómeno y lo hacen mediante el uso de coeficientes de correlación.

Dado lo anterior, la prueba no paramétrica de interés para este proyecto de investigación es la de correlación de rangos de Spearman, que consiste en una prueba para la correlación entre dos variables cuando a las observaciones de cada variable se les pueden asignar rangos de acuerdo con sus magnitudes relativas. Esta investigación ayuda a determinar el grado de acuerdo entre los entrevistados, ya que tuvieron que ordenar sus repuestas en función de su percepción u opinión.

Finalmente, el coeficiente indica el grado de concordancia entre los entrevistados. Cuanto más diferentes sean los rangos promedio, mayor concordancia habrá entre los entrevistados; y cuanto más similares sean los rangos promedio, habrá menor concordancia. Lo anterior, de acuerdo con Mendenhall en el proceso de estimación del coeficiente de Spearman[9] (Mendenhall y Reinmuth, 1981). La correlación de rangos proporciona una medida del grado de linealidad entre las variables a las que se les asignan rangos o una medida de qué tan monótona es la relación que existe entre las variables observadas.

Por tanto, al coeficiente de correlación de rangos se le denomina con frecuencia coeficiente de concordancia para datos preferenciales. Un estimador para la correlación de datos ordinales o rangos, de uso común, es el coeficiente de Spearman, ya que su cálculo es idéntico al del coeficiente de correlación muestral, la de Pearson. El coeficiente de correlación de rangos de Spearman, r_s, se calcula usando los rangos como parejas de observaciones de las dos variables, las cuales se denominan y en la fórmula para obtener el coeficiente:

$$r_s = \frac{SC_{xy}}{\sqrt{SC_x SC_y}}$$

donde ^{x}; y ^{y}; representan los rangos del i-ésimo par de observaciones, y

$$SC_{xy} = \sum_{i=1}^{n} x_i\, y_i - \frac{(\sum_{i=1}^{n} xi)(\sum_{i=1}^{n} yi)}{n}$$

$$SC_x = \sum_{i=1}^{n} x_i^2 - \frac{(\sum_{i=1}^{n} xi)^2}{n}$$

$$SC_y = \sum_{i=1}^{n} y_i^2 - \frac{(\sum_{i=1}^{n} yi)^2}{n}$$

El coeficiente de rangos de Spearman se utilizó como estadística de prueba para probar hipótesis de no asociación entre dos poblaciones. Se supone que los n pares de observaciones se seleccionaron de forma aleatoria; por tanto, la hipótesis de no asociación entre las poblaciones implica una asignación aleatoria de los n rangos en cada muestra. Cada asignación aleatoria (para las dos muestras) representó un punto muestral asociado con el experimento y se puede calcular un valor de para cada una. En la figura 8 se presenta la región de rechazo para una prueba de dos colas.

Figura 8. Región de rechazo para pruebas de dos colas



Fuente: Elaboración propia.

Si la hipótesis alternativa (*Ha*) es que la correlación entre y es positiva, se rechaza la hipótesis nula (H_o) para valores positivos grandes de r_s, la cola superior. En forma similar, si se busca probar que la correlación es negativa, se rechaza para valores negativos grandes de r_s.

Los valores críticos fueron considerados por el programa IBM SPSS y R Studio para determinar las pruebas de hipótesis, arrojaron los resultados de correlación significativa a nivel 0,01 y 0,05 bilateral (positiva o negativa), planteando una hipótesis nula de no asociación entre los rangos contra la alternativa de existencia de asociación entre los rangos (prueba de dos colas) o positiva (o negativa). Para una prueba de dos colas, se rechaza H_0 si r_s □□ r_0 o si r_s □□ $-r_0$ Estas reflejan las estadísticas de prueba para una cola superior o inferior, respectivamente. En la tabla 6 se presenta la interpretación del coeficiente de correlación.

[9] Levin y Levin (2001) y Pérez (2009) señalan que para encontrar el grado de asociación para datos a nivel de medición ordinal: los datos que han sido colocados por rangos u ordenados en relación con la presencia de una característica dada. El coeficiente apropiado es el de Spearman.

Tabla 6. Interpretación del coeficiente de correlación[10]

Coeficiente	Interpretación
De 0 a 0,20	Correlación prácticamente nula
De 0,21 a 0,40	Correlación baja
De 0,41 a 0,70	Correlación moderada
De 0,71 a 0,90	Correlación alta
De 0,91 a 1	Correlación muy alta

Fuente: Elaboración propia.

Se obtuvo una matriz de correlaciones totales entre las variables independientes codificadas respectivamente como PE121, PE122, PE123, PE124, PE125, PE126 y PE127 para el sector empresarial; PE231, PE232, PE233, PE234, PE235, PE236 y PE237 para el sector educación; PE341, PE342, PE343, PE344, PE345, PE346 y PE347 para el sector Gobierno; PE451, PE452, PE453, PE454, PE455, PE456 y PE457 para el sector de cámaras empresariales; PE561, PE562, PE563, PE564, PE565, PE566 y PE567 para el caso del sector de firmas consultoras; y en caso de las variables dependientes codificadas como PG1 para sector empresarial, PG2 para el sector educación, PG3 para el sector Gobierno, PG4 para el sector de cámaras empresariales y PG5 para el sector firmas consultoras. Las correlaciones negativas son susceptibles de análisis en cuanto sean estadísticamente significativas. Se descartan las correlaciones que estadísticamente no son significativas, ya que significan correlación nula.

En la tabla 7 se presenta un resumen con las correlaciones más significativas negativas o positivas. En términos generales, según la clasificación de Mateo, en donde no se identificaron correlaciones positivas entre la variable dependiente PG3 (políticas públicas de las instituciones del Gobierno para fomentar el desarrollo del teletrabajo) y las variables independientes estudiadas.

Tabla 7. Correlaciones significativas de variables

Variables Dependientes				Variables Dependientes e Independientes					
Preguntas Generales		Rho de Spearman		PG1	PG5	PE121	PE235	PE345	PE453
	Políticas públicas de las instituciones de gobierno para fomentar el desarrollo del teletrabajo.	PG3	Coeficiente de correlación	-.391*	-.493**	-.345*	-.436*	-.373*	-.375*
			Sig. (bilateral)	,013	,001	,034	0.011243	0.046196	0.045178
			N	40	40	38	33	29	29

*La correlación es significativa en el nivel 0.05 (bilateral).
**La correlación es significativa en el nivel 0.01 (bilateral).
Correlaciones negativas · Correlaciones positivas

Fuente: Elaboración propia.

A partir de las variables de las preguntas generales, o bien variables dependientes, se realiza la interpretación de las asociaciones positivas con las preguntas específicas, variables independientes por sector, donde las PG (pregunta general) son las variables dependientes y las PE (preguntas específicas) son las variables independientes. En la tabla 8 se muestran los resultados de las correlaciones significativas asociadas a la variable independientes del sector Gobierno.

Tabla 8. Correlaciones significativas en variables independientes: sector

Variables Independientes: GOBIERNO				Variables Dependientes e Independientes				
¿Cómo se pueden identificar los determinantes de un estándar de competencia laboral para los servicios profesionales de consultoría a través del teletrabajo en el sector gubernamental?		Rho de Spearman		PE346	PE347	PE455		
	Incentivos del gobierno	PE341	Coeficiente de correlación	-.479**	-.621**	-.628**		
			Sig. (bilateral)	,008	,0003	,0002		
			N	29	29	29		
		Rho de Spearman		PG1				
	Gobierno digital	PE342	Coeficiente de correlación	.392*				
			Sig. (bilateral)	,035				
			N	29				
		Rho de Spearman		PE233				
	Fuerza laboral inclusiva	PE343	Coeficiente de correlación	.664**				
			Sig. (bilateral)	,00008				
			N	29				
		Rho de Spearman		PE231	PE236	PE237		
	Requisitos y condiciones de infraestructura	PE344	Coeficiente de correlación	-.487**	.414*	.541**		
			Sig. (bilateral)	,007	,025	,002		
			N	29	29	29		
		Rho de Spearman		PG3				
	Programas en materia de teletrabajo	PE345	Coeficiente de correlación	-.373*				
			Sig. (bilateral)	,046				
			N	29				
		Rho de Spearman		PE126	PE231	PE341	PE347	PE455
	Atracción de inversión extranjera directa	PE346	Coeficiente de correlación	-.446*	.391*	-.479**	.374*	.716**
			Sig. (bilateral)	,015	.035	,008	,045	,00001
			N	29	29	29	29	29
		Rho de Spearman		PE124	PE341	PE346		
	Políticas de cooperación internacional	PE347	Coeficiente de correlación	.416*	-.621**	.374*		
			Sig. (bilateral)	,024	.0003	,045		
			N	29	29	29		

*La correlación es significativa en el nivel 0.05 (bilateral).
**La correlación es significativa en el nivel 0.01 (bilateral).
Correlaciones negativas · Correlaciones positivas

Fuente: Elaboración propia.

A partir de las variables de las preguntas generales, o bien variables dependientes, se realiza la interpretación de las asociaciones con las preguntas específicas, variables independientes para el sector Gobierno, por lo cual se considera el planteamiento de Giroux y Tremblay (2004):

1. PE342 (incentivos gubernamentales para fomentar la transición desde el trabajo tradicional hacia el teletrabajo en el sector empresarial) posee de

[10] De acuerdo con Mateo, J., en Alzina (2004), para efectos prácticos, presenta la interpretación del coeficiente de correlación de lo que habitualmente se utiliza en estudios de correlaciones en ciencias sociales.

forma recíproca una única correlación con PG1 o PG1.1.

2. PE343 (plan de atención e incremento de la fuerza laboral inclusiva por medio del teletrabajo) también presenta una única correlación recíproca con PE233.

3. PE344 (establecimiento de los requisitos y condiciones de infraestructura tecnológica en el país) presenta dos correlaciones recíprocas con PE236 y PE237.

4. PE345 (mecanismos de fortalecimiento e impulso de programas en materia de teletrabajo a nivel de instituciones públicas y privadas) no posee correlaciones positivas registradas.

5. PE346 (existencia de mecanismos para la atracción de inversión extranjera directa en función del teletrabajo) presenta tres correlaciones positivas: 1. Recíproca con PE231; 2. PE347 (disposición de programas y políticas de cooperación internacional en la temática de teletrabajo) con un p-valor de 0,374; y 3. PE455 (liderazgo en la atracción de inversión extranjera directa en nuevas inversiones basados en la modalidad de teletrabajo) con p-valor de 0,716.

6. PE347 (disposición de programas y políticas de cooperación internacional en la temática de teletrabajo) posee dos correlaciones positivas recíprocas con PE124 y PE346.

Conclusiones

Los resultados de la investigación mixta secuencial exploratoria generaron datos que permitieron identificar la tendencia de la percepción de los determinantes que pueden favorecer el desarrollo de las políticas públicas que fomenten el teletrabajo profesional en el sector empresarial. A partir de lo anterior, se pudo determinar un nivel de peso en orden de impacto de acciones de los sectores sistémicos participantes en la investigación, lo que deja la reflexión sobre el hecho de que aún hay retos y trabajos por concretar en el sector Gobierno.

En la tabla 9 se muestra, desde una perspectiva sistémica, que la sociedad requiere un fuerte impulso en modelos basados en estructuras que fomenten el uso de gobiernos digitales, a la vez que se fortalezcan los mecanismos para los programas de teletrabajo público y privado, como el mejoramiento de la infraestructura tecnológica del país.

Tabla 9. Determinantes del teletrabajo profesional en el sector Gobierno

Orden	Variables del sector Gobierno
1	Impulso hacia el gobierno digital como política de país
2	Mecanismos de fortalecimiento e impulso de programas en teletrabajo en instituciones públicas y privadas
3	Disposición de programas y políticas de cooperación internacional en la temática de teletrabajo
4	Establecimiento de los requisitos y condiciones de infraestructura tecnológica en el país
5	Plan de atención e incremento de la fuerza laboral inclusiva por medio del teletrabajo
6	Existencia de mecanismos para la atracción de inversión extranjera directa en función del teletrabajo
7	Incentivos gubernamentales para fomentar la transición desde el trabajo tradicional hacia el teletrabajo en el sector empresarial

Fuente: Elaboración propia con base en cuestionario de enfoque global.

Adicionalmente, desde la perspectiva del sector gubernamental, basado en la retroalimentación sectorial, se demanda del Estado el desarrollo de políticas en conjunto con cada uno de los sectores de la sociedad que permitan el fortalecimiento del teletrabajo con modelos como el gobierno digital y la generación de nuevos empleos. A su vez, establecer modelos competitivos (disminución de huella de carbono, óptima infraestructura vial y tecnológica, gobierno digital y políticas de teletrabajo) como país para lograr más atracción de inversión extranjera directa.

Los resultados obtenidos no solo dan un aporte a la academia, sino que contribuyen también con la práctica empresarial desde una perspectiva aplicada. El objetivo principal de la investigación era obtener conclusiones y aportes útiles para el ámbito de la práctica empresarial que permitiesen identificar los determinantes de las políticas públicas que favorecen y estimulan el teletrabajo profesional con la finalidad de ofrecer elementos que permitiesen mejorar la competitividad empresarial y crear procesos de innovación que fuesen instrumentos de ventaja competitiva para las empresas, el país y la sociedad en general.

Las implicaciones como resultados del estudio doctoral se integran en la siguiente recomendación en el sector Gobierno: Desarrollo de políticas acorde con los requerimientos y demandas de los diferentes sectores de la sociedad, para poder establecer modelos competitivos acordes con las necesidades de un país, región o sector. Cho y Moon (2000) mencionan que, desde la publicación del trabajo de Smith, se puso especial énfasis en las causas de la prosperidad de un país, lo que dio origen a un sinnúmero de teorías que tratan de explicar por qué algunos países son más exitosos que otros.

Sin embargo, los modelos de competitividad han sido adoptados globalmente gracias al uso de las tecnologías de información y comunicación (TIC), han generado mayor competencia entre las organizaciones. Por consiguiente, para que un país sea exitoso, su comercio debe ser exitoso; para ello las empresas deben lograr una ventaja competitiva, por lo cual el establecimiento de políticas acordes con las necesidades del sector empresarial de forma oportuna y acordes con sus necesidades es de vital importancia para la sobrevivencia de las empresas.

Referencias bibliográficas

- Alzina, R. B. (2004). Metodología de la investigación educativa (vol. 1): Editorial La Muralla.
- Baruch, Y. (2000). Teleworking: Benefits and Pitfalls as Perceived by Professionals and Managers. New Technology, Work and Employment, 15(1), 34-49.
- Boiarov, S. (2007). «Breve historia sobre el teletrabajo en el mundo». Revista de CEDTEL, 10.
- CAIT. (2015). Climate Analysis Indicators Tool: WRI's Climate Data Explorer. Washington, DC. Retrieved October 10th, 2017.
- Cho, D.-S., y Moon, H.-C. (2000). From Adam Smith to Michael Porter. Evolution of Competitiveness Theory. World Scientifc Publishing Co.
- e-LAC2015. (2015). «El teletrabajo en América Latina». From http://www.cepal.org/cgi-bin/getprod.asp?xml=/elac2015/noticias/paginas/5/40835/P40835.xml&xsl=/elac2015/tpl/p18f.xsl&base=/elac2015/tpl/top-bottom.xsl.
- Ellison, N. B. (1999). «Social impacts new perspectives on telework». Social Science Computer Review, 17(3), 338-356.
- Etzkowitz, H., y Leydesdorff, L. (2000). The dynamics of innovation: from National Systems and "Mode 2" to a Triple Helix of university-industry-government relations. Research policy, 29(2), 109-123.
- Franklin, C., y Ballan, M. (2001). Reliability and validity in qualitative research. The handbook of social work research methods, 4, 273-292.
- Gillespie, A., y Feng, L. (1994). Teleworking, work organisation and the workplace. The Management of Information and Communication Technologies: Emerging Patterns of Control. Londres: Aslib., 261-272.
- Giroux, S., y Tremblay, G. (2004). Metodología de las ciencias humanas: la investigación en acción: Fondo de Cultura Económica.
- Gutiérrez P., R.A. (2006). Estado, transición y tendencias del teletrabajo en América latina y el Caribe: Montevideo.[8] Gutiérrez Palacios, RA (2006). State, transition and telework trends in Latin America and the Caribbean. Montevideo.
- Gutiérrez, R. (2009). Hacia la Sociedad de la Información y el Conocimiento en Costa Rica. Universidad de Costa Rica, 301-334.
- Hodson, N. (1994). Teleworking & Employment in Europe. SW 2000 Teleworking Studies. Oxford.
- Huws, U., Korte, W. B., y Robinson, S. (1990). Telework: Towards the elusive office.
- Joice, W. (1998). History of telework 1972-1998.
- Kerrin, M., y Hone, K. (2001). Job seekers' perceptions of teleworking: A cognitive mapping approach. New Technology, Work and Employment, 16(2), 130-143.
- Kurland, N. B., y Bailey, D. E. (2000). Telework: The advantages and challenges of working here, there, anywhere, and anytime. IEEE Engineering Management Review, 28(2), 49-60.
- Lamond, D. A., Standen, P., y Daniels, K. (1998). Contexts, cultures and forms of teleworking. Gerard Griffin (Ed.), Management Theory and Practice: Moving to a New Era, 145-157.
- Lars, Q. (1998). From teleworking to networking. Definitions and trends, teoksessa.
- Levin, J., y Levin, W. (2001). Fundamentos de estadística en la investigación social. México, Oxford.
- Martínez, A. S., Pérez, M. P., De Luis, P. C., y Vela, M. J. J. (2003). Análisis del impacto del teletrabajo en el medio ambiente urbano. Boletín Económico de ICE, Información Comercial Española(2753), 23-40.
- Martínez, R. (2012a). Quinta Hélice Sistémica (QHS), un método para evaluar la competitividad internacional del sector electrónico en Baja California, México. Revista Investigación Administrativa.
- Martínez, R. (2012b). Quinta Hélice Sistémica (QHS), un modelo para el desarrollo de políticas públicas. Cooperativismo & Desarrollo, 20(101), 28-51.
- Mendenhall, W., y Reinmuth, J. E. (1981). Estadística para administración y economía.
- Mertens, D. M. (2014). Research and evaluation in education and psychology: Integrating diversity with quantitative, qualitative, and mixed methods: Sage Publications Inc.
- Neffa, J., Mendizábal, N., Neffa, J. C., Novick, M., Pereira, I., de Ojeda, G. M. R., Ruffier, J., Testa, J. C., Valentino, N., y Walter, J. (1987). Tecnología y condiciones de trabajo. Condiciones de trabajo en América Latina: tecnología, empleo precario y salud ocupacional, 23, 41.

- Nilles, J. M. (1976). Telecommunications-transportation tradeoff: options for tomorrow: John Wiley & Sons, Inc.
- OIT/CINTERFOR. (2009). Metodologia para la evaluación de competencias laborales. Red de Institutos de Formación Profesional.
- ONU. (2010). http://un.org: United Nations.
- Pérez, C. (2009). Técnicas de análisis de datos con SPSS 15. Pearson Educación, España.
- Rivas T., L. A. (2006). ¿Cómo hacer una tesis de maestría? México. Ed. Taller Abierto.
- Sampieri, R. H., Collado, C. F., y Lucio, P. B. (1996). Metodologia de la investigación. Edición McGraw-Hill. México., 4, 882.
- Saxena, S., y Mokhtarian, P. L. (1997). The impact of telecommuting on the activity spaces of participants. Geographical analysis, 29(2), 124-144.
- Schepp, B. (1995). The telecommuter's handbook: how to earn a living without going to the office: Pharos Books.
- Shinn, T. (2002). Debate: En torno a la nueva producción de conocimiento y la triple hélice. redes, 9(18).
- Teo, T. S., y Lim, V. K. (1998). Factorial dimensions and differential effects of gender on perceptions of teleworking. Women in Management Review, 13(7), 253-263.
- Toffler, A. (1980). The third wave. New York: Morrow, 27-28.
- Wikstrom, T., Lindén, K. P., y Michelson, W. (1998). Hub of events or splendid isolation: The home as context for teleworking. Swedish Transport and Communications Research Board, 225.

INVESTIGACIÓN

La comunicación del conocimiento en Lola Cendales: aproximación analítica a la ponencia Por los caminos del pensamiento crítico

Recibido: 3 IV 2018; Aceptado: 30 IV 2018.

AUTOR: Sandro Leonardo Munévar V.[1]

Resumen
El presente artículo pretende ser un aporte a la reflexión social en tres dimensiones: educativa, investigativa y comunicativa. En la dimensión educativa es necesario generar procesos que miren a la ruralidad desde nuevas formas que vinculen un compromiso político profundo y auténtico de parte de los docentes y de las comunidades. En la cuestión investigativa se presentan unos elementos de análisis del discurso; es una construcción que desde autores como Wodak y Meyer puede ser una alternativa en otros procesos investigativos. Por último, en cuanto a lo comunicativo, es urgente comprender que la comunicación del saber tiene un horizonte político que devela intencionalidades de diferentes tipos y que proyectan comprensiones específicas de tipo antropológico y social.

El pensamiento crítico es una apuesta educativa y comunicativa; desde la comprensión de la necesidad de acompañar a las comunidades en la construcción del saber, este artículo presenta un análisis de la propuesta educativa de la profesora Lola Cendales, quien gracias a sus trabajos investigativos se ha constituido en una voz legítima en estos procesos no solo en Colombia, sino en Latinoamérica.

El escrito forma parte del corpus investigativo de la tesis doctoral *Representaciones sociales acerca de la comunicación pública de la ciencia en docentes universitarios de Bogotá,* es una apuesta por comprender la forma en que la comunicación del saber puede generar espacios democráticos de participación.

Palabras clave
Educación popular, pensamiento crítico, comunicación del conocimiento.

Introducción

En el marco del II Encuentro Internacional de Investigación de la Fundación Universitaria Unimonserrate, tuve la oportunidad de participar como asistente en la ponencia de la profesora Lola Cendales, titulada *Por los caminos del pensamiento crítico.* Con base en esta ponencia desarrollé un ejercicio de análisis del discurso que se articula con la investigación que adelanto en la tesis doctoral titulada *Representaciones sociales en docentes universitarios de Bogotá acerca de la comunicación pública de la ciencia.*

Decidí trabajar sobre esta ponencia teniendo en cuenta la amplia trayectoria académica de la profesora Cendales, así como su importancia en el pensamiento colombiano y latinoamericano. Esta aproximación al pensamiento de la autora y a la comunicación de su conocimiento nos posibilita una reflexión epistemológica, pues en esta comunicación se manifiestan cuestiones de tipo antropológico y social en términos de concepciones de objeto y posicionamiento de sujeto.

> En nuestro caso, la trayectoria pedagógica e investigativa de Lola Cendales nos permite reconocer a otros educadores y educadoras que, junto con ella, constituyen el núcleo histórico fundacional de la EP en América Latina. Esta corriente pedagógica inspirada en las ideas de Paulo Freire se ha venido configurando desde la década de los setenta del siglo pasado, en una estrecha relación con los movimientos populares y otras prácticas

[1] Magíster en Educación. Universidad Santo Tomás, especialista en Educación. Pontificia Universidad Salesiana de Roma, licenciado en Ciencias de la Educación. Pontificia Universidad Salesiana de Roma, licenciado en Filosofía e Historia. Universidad Santo Tomás, docente de Investigación. Universidad Pedagógica Nacional, docente investigador. Fundación Universitaria Monserrate. Correo electrónico: sandro.munevar@gmail.com.

> sociales emancipadoras como la Teología de la Liberación, la comunicación alternativa y la investigación participativa. En una visión más amplia, podemos afirmar que la EP se identifica y dialoga con otras tradiciones de pensamiento emancipador como la teoría crítica, la pedagogía crítica y el pensamiento crítico latinoamericano (Ortega y Torres, 2011, p. 334).

La profesora Cendales tiene un reconocimiento por parte de la comunidad académica en el ámbito de la educación popular; su pensamiento se desarrolla desde esa perspectiva crítica. En este sentido, en su ponencia aparecen ecos del desarrollo de la teología de la liberación y de la filosofía latinoamericana, ecos de los discursos que configuraron una corriente de pensamiento que se puede inscribir en los desarrollos de las teorías críticas, pero que va más allá, pues desarrolla una crítica propositiva.

Análisis

Introducción del discurso

Considero que un elemento importante en el análisis del discurso es la presentación misma de quien lo desarrolla, en este caso me llamó la atención que Cendales se presenta como educadora, como una profesora con inquietudes investigativas en el plano de la educación. Comprendió que la criticidad de su postura debía aplicarse de manera política en su quehacer cotidiano.

Para desarrollar la función educativa, ella considera necesario vincular el pensamiento crítico en una actitud investigativa; esto de la actitud es la forma en que se relaciona con la realidad, un mundo dado en el cual se entrecruzan diferentes voces y que desde el pensamiento crítico se opta por tratar de escucharlas todas, por quitar el carácter de oficialidad a una voz y permitir que otras existan.

Presentarse como educadora es ya un anuncio que manifiesta una naturaleza académica e investigativa y abre un horizonte en el cual se puede comprender su discurso desde la praxis pedagógica. No es una investigadora que apunta a mil temas, es una educadora que investiga su quehacer, el cual vincula diversos temas que afectan el objeto de su estudio que no es otro que su praxis.

La investigación se convierte en eje del desarrollo de su actividad como educadora; el gran tema convocante es la educación y para investigarlo formula unos requerimientos, los formula a manera de pregunta porque sabe que quienes la escuchan son estudiantes de pregrado, estudiantes que quieren aprender la manera de orientar una investigación desde el punto de vista crítico. La forma en que Cendales inicia el discurso es de tipo pedagógico; ella procura que los estudiantes se sientan en aprendizaje y, de hecho, la mejor forma es presentarse como una profesora que se pregunta por su quehacer e inquieta sobre la ocupación de enseñar.

Résumé
Cet article se veut une contribution à la réflexion sociale dans trois dimensions: l'éducation, la recherche et la communication. Dans la dimension éducative, il est nécessaire de créer des processus qui examinent de nouvelles façons la ruralité qui permettent lier un engagement politique profond et authentique des enseignants et des communautés. Dans la question de recherche, certains éléments de l'analyse du discours sont présentés; c´est une construction que des auteurs comme Wodak et Meyer peuvent appuyés dans d'autres processus d'enquête. Enfin, quant à la communication, il est urgent de comprendre que la communication de la connaissance a un horizon politique qui révèle les intentions des différents types et projets spécifiques de compréhension anthropologique et sociale.

La pensée critique est un pari éducatif et communicatif, pour comprendre la nécessité d'accompagner les communautés dans la construction de la connaissance; ce document présente une analyse de la proposition éducative du professeur Lola Cendales, qui grâce à son travail de recherche constitue une voix légitime dans ces processus, non seulement en Colombie, mais aussi en Amérique latine.

L´article se base sur la thèse de doctorat *« Représentations sociales sur la communication publique de la science dans l'enseignement universitaire de Bogota »,* et est un engagement à comprendre comment la communication des connaissances peut créer des espaces démocratiques de participation.

Mots clés
Éducation populaire, pensée critique, communication des connaissances.

¿Cuáles son los requerimientos para que un trabajo educativo sea investigativo?

En primer lugar, se debe desarrollar una intencionalidad; la investigación tiene su punto clave en la producción de conocimiento, esa es la tarea de investigar: producir conocimiento con una metodología rigurosa y un pensamiento crítico. De ahí la necesidad de formar maestros con actitud crítica, entendida en el discurso de Cendales como una forma de ponerse en movimiento reflexivo frente a la realidad educativa. Cendales considera que hay dos autores en pensamiento crítico que deben ser estudiados y que constituyen vertientes de este.

En primer lugar está la vertiente crítica en educación, que ella nomina en su discurso como educación popular, la cual tiene origen en Paulo Freire, quien siendo abogado hizo un estudio crítico sobre la situación de la educación en su país. En este sentido la criticidad viene dada por la capacidad de interesarse en determinada cuestión; en el caso de Freire, el interés viene dado por la cuestión social en relación con lo educativo. El pensamiento crítico es presentado por Cendales como una actitud frente a la realidad en la cual habita el ser humano; toda persona que se pregunta por la realidad desarrolla un sentido crítico en razón a que la criticidad es la capacidad de preguntarle a la realidad.

Para Freire la alfabetización no tiene sentido como un simple leer y escribir, tiene sentido en la medida en que brinde elementos para que la comunidad pueda liberarse, liberación que está conectada al conocimiento y a la comunicación de este. Con Freire se plantea una investigación temática: indagar el universo de la gente, buscando las palabras que presenten los acuerdos y las contradicciones de las comunidades; la investigación que nace desde la comunidad misma es una forma de hacer educación popular, educación investigativa, hacer que las comunidades se conviertan en investigadoras de su realidad.

La criticidad no es llegar con la solución, es aproximarse con elementos para que la comunidad se lea a sí misma a partir de interrogantes que ella misma desarrolle; es así que la educación puede brindar un horizonte de libertad. Se debe generar en la comunidad una inquietud por lo que se va viviendo, incluso ni siquiera es necesario generar la inquietud, simplemente otorgar la palabra a la inquietud que habita ya en las comunidades.

"Freire entró en la investigación de las comunidades por medio de técnicos y por vía de trabajadores sociales". Esta afirmación de Cendales es muy valiosa en su discurso y es una herramienta utilizada para lograr empatía con el público, que estaba conformado por estudiantes de Trabajo Social, pues les marcó un camino posible, el de la libertad como la capacidad que tiene una sociedad para brindar oportunidades. La forma en que Cendales desarrolló su discurso fue de una apertura de horizontes en los cuales los estudiantes pueden ver las posibilidades que se abren a sus circunstancias sociales y aquellas que les son vetadas.

Freire fue prohibido en Brasil, su trabajo se fue conociendo por vía de la reforma agraria, no desde el ámbito de lo pedagógico; este es un dato interesante en la medida en que con el discurso la autora presenta la interdisciplinariedad como una urgencia en los estudios latinoamericanos, abandonando los feudos heredados desde el Medioevo y la posterior contestación de la Modernidad, que ajustaban el saber en límites disciplinares y que deben ser cambiados por puentes de diálogo entre las diferentes disciplinas, idea por demás interesante ya que a veces los límites, más que ser de tipo disciplinar, son de tipo humano; somos los investigadores los que limitamos la investigación y el saber a feudos intocables e indialogables.

En su discurso, Cendales lanza una pregunta que confronta a los estudiantes frente a la realidad que estamos viviendo en este momento en Colombia: ¿qué nos están vendiendo como paz? Y hace una invitación pertinente para este análisis: "hay que develar lo que hay atrás de los discursos". La forma de develación que propone Cendales podría sorprender al pensamiento crítico de contestación; sin embargo, muy en la línea de Freire, ella considera que la forma es el diálogo. Tener el diálogo como la propuesta fundamental en cuanto reconocimiento del otro es hacer del diálogo una metodología pedagógica y una forma de estudio investigativo.

El segundo pensador que propone Cendales es Orlando Fals Borda y sus investigaciones acerca de la Investigación, Acción y Participación (IAP). Esta es una propuesta de metodología dialógica; es la comunidad la que despliega la capacidad de tomar la palabra frente a su realidad desarrollando unas posibilidades, ofreciendo a todos la oportunidad de comunicar su postura frente a la realidad que vive. La IAP es presentada como una forma de hacer investigación crítica, no como que el investigador llega a las comunidades a especular sobre las circunstancias sociales en las cuales viven, sino en el sentido de que son

las comunidades las que desarrollan una mirada reflexiva sobre sí mismas y generan una actitud crítica frente a su propia realidad.

La propuesta es construir ciencia con el pueblo. "Fals Borda se salió de la universidad para poder investigar"; esta expresión suscitó interés crítico en los estudiantes, ante todo en los docentes y directivos. Todos aquellos que consideran que se entra a la universidad para poder investigar se encuentran con esta expresión acerca de la vida de Fals Borda y genera inquietudes frente a la labor de los docentes como investigadores sobre su lugar en la academia y en la sociedad y sobre el lugar de la academia en la sociedad.

La cuestión histórica tiene un lugar fundamental en la concepción investigativa de Cendales; se trata de reconstruir la historia desde la óptica de los campesinos. La IAP apuntó a la formación de líderes comunitarios que deben trabajar desde la historia no del poder establecido, no oficial, sino la historia construida por ellos, entendida por ellos y desde la cual significan la realidad.

"En 1985, a partir de la pregunta sobre qué está pasando en las prácticas, viene la sistematización de experiencias". Esta modalidad de investigación cualitativa busca la interpretación de las experiencias, dar voz a los excluidos.

La sistematización abre el horizonte de la criticidad en términos de que sean los campesinos mismos quienes estudien sus experiencias, las interpreten y desarrollen una tarea de inclusión; es importante entender que la inclusión no viene dada por un agente externo, es construida por los mismos campesinos en la forma de asumirse como sujeto históricos. En este momento se hace importante la reconstrucción colectiva de la memoria, así como la proyección de una reconstrucción de memoria intergeneracional. Sistematización de experiencias y reconstrucción de la memoria son las dos propuestas que surgen.

Discurso e interdiscurso

"Discursos especiales son los de la ciencia, los discursos no científicos son elementos del interdiscurso" (Wodak y Meyer, p. 81).

El discurso central está desarrollado en el ámbito de las ciencias sociales, en él se pueden identificar categorías como la educación, la alfabetización y la educación liberadora. En el discurso de Cendales se puede comprender de una manera distinta el concepto de discurso e interdiscurso de Wodak y Meyer en términos de una ciencia que se construye con el pueblo. Es más, en la IAP se propone la construcción de la ciencia de parte de las mismas comunidades; en este sentido se podría pensar en un discurso central y otros a manera de ecos, que lo acompañan.

Hilo discursivo

"Llamo hilos discursivos a los procesos temáticamente uniformes" (Wodak y Meyer, p. 81).

El hilo discursivo de Cendales es el pensamiento crítico, es la comprensión de la sociedad desde un paradigma de autorreflexión en el cual las comunidades despliegan sus capacidades de diálogo y de criticidad frente a la comprensión de su historicidad. Este pensamiento crítico se hace patente en la medida en que se asume en la investigación. Para este fin, toma autores que le brindan soporte conceptual y metodológico como son Freire y Fals Borda y se interna en la IAP y la educación popular, cuya intencionalidad apunta a la comprensión de la investigación desde una actitud crítica.

El hilo discursivo es pedagógico y desarrolla una temática que para Cendales es esencial: la actitud crítica que debe acompañar la investigación; investigar no es simplemente esa tarea que se desarrolla en los ámbitos de la academia y bajo todas las premisas dadas por las instituciones que acreditan el trabajo académico, es algo que afecta la vida cotidiana de las personas o, mejor aún, no es que afecte la vida de las personas, sino que surge desde la vida cotidiana de ellas.

Enmarañamientos y nudos discursivos

"*Un texto contiene fragmentos de discursos y se presentan de forma enmarañada. Varios temas, o un tema principal que toca otros temas".* (Wodak y Meyer, p. 81)

En el discurso de Cendales aparecen diversos nudos y enmarañamientos que posibilitan el desarrollo discursivo de su ponencia. Tema que como nudo discursivo sirve de justificación a la investigación crítica es la educación opresora en contraste con la educación liberadora; son más que simples posturas, la forma educativa marca la ruta política, social y cultural de una comunidad. La educación opresora está montada sobre los intereses de algunos grupos por mantener el statu quo, es una educación con una fuerte tradición histórica en América Latina desde la Conquista y la Colonia que ha provocado la exclusión de diferentes comunidades.

Con la independencia se eliminó la exclusión de un grupo poblacional; sin embargo, el modelo social de exclusión no cambió como tampoco

el modelo educativo. La educación bancaria continuó siendo un factor determinante en la continuidad del modelo que dejó en el abandono a la mayor parte de la comunidad colombiana. La cuestión de la exclusión es un enmarañamiento en el discurso de Cendales con el cual se proyecta una propuesta de educación liberadora. El propósito del discurso es presentar una actitud crítica en la investigación en la que los actores construyan el conocimiento.

Desde la exclusión y la educación liberadora, la autora desarrolla la propuesta de la educación popular, es un paso adelante a la propuesta de la liberación, muchas veces entendida como una labor de liberadores, de gente externa que trae en sus manos los procesos de liberación. La educación popular hace que los actores mismos de las comunidades se constituyan no en liberadores, sino en protagonistas de su propia historia, algo así como una liberación que surge del pensamiento mismo de los campesinos y demás comunidades excluidas.

En la educación popular surge otro nudo en el discurso y es el de la conciencia comprometida, opuesta a la conciencia ilustrada, que se fundamenta en un pensamiento autónomo que debe ser alcanzado por las comunidades; se necesita conciencia comprometida, más allá de la conciencia iluminada, ilustrada. El pensamiento subversivo aparece en la actitud de cambio, de asumir el devenir histórico desde sus mismas posibilidades.

Acontecimientos discursivos (contexto discursivo)

"Aquellos acontecimientos en los que se haya puesto un énfasis político". (Wodak y Meyer, p. 82)

En la vida de Cendales sucede un evento que para ella se convirtió en acontecimiento en la medida en que supo darle una orientación política, la reforma agraria de 1968, con la que llegó el pensamiento de Paulo Freire a Colombia. "Recibí un libro pirateado. Paulo Freire, él significó para mí otro sentido de la educación. En Freire se entiende un sentido ético y político". Este descubrimiento fue para Cendales y para varios pensadores colombianos un nuevo horizonte; desde la educación fue una posibilidad para pensar la sociedad y la historia colombianas de una manera diferente en torno al manejo y la posesión de la tierra. Los años ochenta eran tiempos de medidas de ajuste económico, tiempos de represión. En este punto se van configurando los movimientos sociales y se desarrolla la educación popular; se hace explícita la opción preferencial por los excluidos.

Cendales vivió una experiencia en el Atrato con comunidades afrodescendientes, las cuales trabajaban en trapiches, en cultivos de arroz y caña. Esta experiencia, además de ser un acontecimiento político, tiene un gran componente pedagógico. A través de ella la autora enseña a los estudiantes ciertos elementos del rol del investigador en las comunidades, a partir del interés que tenían los campesinos por realizar una sistematización de las experiencias con las empresas comunitarias; para esto fue muy importante la cercanía ideológica que tenía con ellos.

La sistematización tiene dos momentos: el primero fue el desarrollo de la lectura a través de talleres y la reconstrucción de la historia de sus empresas, todo hecho oralmente; un grupo de educadores escribía lo que se decía. Dos temáticas fueron centrales en esta reconstrucción: la Ley 70 y la problemática que estaban viviendo socialmente.

En segundo lugar, la tarea de la investigadora era mover el concepto; hoy por hoy hay un modelo de economía solidaria. Se llamó a un técnico del Servicio Nacional de Aprendizaje (Sena) para que le presentara a la comunidad dicho modelo cooperativista, de manera que tuvieran la forma de contrastar con el modelo capitalista. Los campesinos llegaron a la conclusión de que no podían volverse cooperativa y dieron las razones. "El investigador tiene que brindar elementos de lectura y de trabajo para la comunidad".

En este sentido no se trataba de trabajar con la comunidad, sino para la comunidad, pues son sus procesos y el investigador presta una ayuda. Este acontecimiento se convirtió en el acontecimiento discursivo por excelencia. Entre todos trabajaron un artículo sobre economía solidaria. La conclusión es que participar en la construcción de un concepto no significa tener la comprensión del proceso al estilo bancario; la tarea del investigador es que se logre la comprensión no como una cosa dada, sino como un algo procesual, en la que la investigación es un compromiso ético y político.

Planos discursivos, ubicaciones societales

"Los hilos discursivos operan en diferentes planos discursivos (ciencia, o ciencias políticas, medios de comunicación, educación, vida cotidiana, vida empresarial, administración). Los planos discursivos también pueden denominarse ubicaciones societales, desde las que se produce el habla". (Wodak y Meyer, p. 83)

Todo el discurso es investigativo-educativo y aunque toca diversos planos, como debe ser cuando se habla de educación, pues tiene posturas políticas, éticas, culturales y filosóficas. El plano en el que se desarrolla es la educación en torno a la sociedad y la exclusión. La ubicación societal del discurso de Cendales está en la educación con una postura epistemológica clara frente a aquella. La educación oficial genera exclusión, por lo que es necesaria la elaboración de una reflexión crítica que evidencie esta exclusión y brinde oportunidades de nuevas formas educativas.

En este sentido, la producción del habla surge de un lugar de lucha de discursos que se halla en la frontera de lo oficial y lo popular. Téngase en cuenta que aquí hablar de popular vincula una categoría nueva y diferente; popular significa un espacio político en el que se propicia el habla, pues son las comunidades las que generan un saber propio y situado en sus circunstancias particulares.

Postura discursiva

"Ubicación ideológica".
(Wodak y Meyer, p. 84)

La educación tiene una intencionalidad ética: tiene que mejorar las calidades de vida, pero debe incluir a las comunidades en estas acciones de mejora de vida; sin embargo, esta sociedad maltratante sigue pensando que en un arranque de generosidad permite existir al otro. Se debe entender la inclusión como la invitación al otro a construir un proyecto de vida, de sociedad diferente, distinto al que tenemos, permitirle existir y entrar en un diálogo en el cual aquello que piensa será escuchado y tenido en cuenta.

En la postura ideológica de Cendales hay unas comprensiones de poder. Ella considera que hay formas de ejercer el poder: negativo y positivo. El poder negativo sirve para ignorar o aplastar al otro, frente al cual tenemos un llamado al poder positivo, a potenciar las capacidades de los otros, capacidades simbólicas.

"La pobreza es un concepto desde el cual analizo la realidad. Es desde aquí donde surge la apuesta por un pensamiento autónomo. Un pensamiento que debe ser formado. La capacidad de refutar o de apoyar, de argumentar y contraargumentar. Pero surge una pregunta: ¿cómo se forma el pensamiento autónomo? Desde la escuela inicial, al niño se le debe invitar a argumentar. Tenemos que formar criterio en las comunidades en las que estamos trabajando, pues el poder necesita de la ignorancia".

La subversión consiste en subvertir la situación, una subversión por el cambio, por una situación justa. Luchar por otra cosa, en este punto la subversión es moralmente válida. La investigación permite encontrar las contradicciones; la investigación sirve para trascender los discursos oficiales. La postura de Cendales es de subversión; la educación se convierte así en una acción subversiva porque busca que la circunstancia del sujeto individual y colectivo cambie y para esto es urgente una educación popular que brinde la posibilidad a las comunidades de reflexionar sobre su acontecer y pueda tomar decisiones que le posibiliten nuevas formas de ser en el mundo.

Historicidad discursiva

En un intento aproximativo por comprender el desarrollo de la historicidad se toma este artículo de Ortega y Torres, con el fin de aproximarnos al desarrollo de la historicidad discursiva de Cendales.

> Asume las prácticas como expresiones de resistencia imbricadas en luchas locales y desde una política del lugar. Son instituyentes porque se sitúan en la pedagogía en una nueva forma de actuar que se resiste a perpetuar lo ya establecido, subvirtiendo los marcos institucionales. Articula teoría y práctica, lo ético y político, en una construcción dialéctica que otorga nuevos sentidos a la acción pedagógica (Ortega y Torres, 2011, p. 16).

En cuanto al marco histórico, Cendales resalta la importancia de lo local, es interesante esto porque se constituye en una postura subversiva con respecto al mundo globalizado, que entiende la academia como encerrada en un lugar dominado por normativas de mercado en donde se investiga para publicar y se publica para adquirir prestigio y este prestigio se convierte en tasa de cambio en el aspecto laboral. Frente a esto, lo local adquiere grandes significados, pues la propuesta es desarrollar lo local en su espacialidad, sin dejar el diálogo con el mundo, provocando un desarrollo en lo que respecta a los universos habitados por las comunidades.

> Desde su posicionamiento en el campo de la EP y la pedagogía crítica, su práctica pedagógica permite dar cuenta de sus relaciones con el contexto, con las acciones colectivas y las opciones de transformación social; también posibilita reconocimientos, denuncias y reivindicaciones con respecto a las relaciones y dinámicas estructurales de exclusión, y a la consolidación de políticas que afianzan estas desigualdades y las múltiples violencias. En este

> sentido, argumenta Lola, «existe la disposición de trabajar por la construcción de una nueva sociedad, sin excluidos, donde exista la posibilidad y la oportunidad de una vida digna para todos» (Ortega y Torres, 2011, p. 17).

La historicidad no radica en vincular las experiencias de las comunidades a un libro; la historicidad se logra en la medida en que las comunidades toman conciencia de sí, cuando las comunidades llegan a interrogarse constantemente sobre su propio acontecer y desde allí proyectarse como hacedoras de su historia; no se trabaja para historizar a las comunidades, se trabaja para que ellas se historicen a sí mismas. La conciencia se logra cuando las comunidades son capaces de asumir con entera responsabilidad su acontecer político, cultural, económico y social.

> La relevancia de dar cuenta sobre la práctica pedagógica de esta educadora está dada por su carácter territorial, de estar inscrita en un saber, en un tiempo y en un espacio; de ahí que los procesos formativos que agencia esta educadora son intencionados desde construcciones deliberadas, decididas y comprometidas. En su concepción hermenéutica, la relaciona con las metáforas del viaje, la conversación, el compromiso y el comienzo (Ortega y Torres, 2011, p. 17).

Las prácticas educativas populares son históricas porque ocurren en un tiempo y en un espacio en los cuales las comunidades se apropian, se hacen, se construyen, son. El ser está vinculado completamente al territorio en el cual habitan en el sentido histórico, con apropiación simbólica de su acontecer.

Conclusiones

La educación popular es una producción de cuño latinoamericano que se ha configurado en un punto vital para la comprensión no solo de Latinoamérica, sino que se ha configurado como un paradigma epistemológico que posibilita reflexiones profundas en torno a la emancipación. Como apuesta epistemológica, la propuesta de educación popular es una respuesta a esa cierta fragilidad que se ha advertido en la teoría crítica y es que desde su mismo nacimiento ha adolecido de la falta de una dimensión propositiva. La educación popular desarrolla una propuesta emancipadora que avanza en una postura crítica de la realidad, pero que también propone un modelo alternativo al objeto de su crítica.

El pensamiento latinoamericano se ha desarrollado en torno a varios ejes de pensamiento, como la teología de la liberación, la reflexión sociológica y la filosofía latinoamericana; sin embargo, la educación sigue siendo uno de los punto nodales del desarrollo del pensamiento latinoamericano, que unido a los otros ejes de pensamiento se convierte en un discurso de carácter universal. Los avances en educación popular generan nuevos procesos sociales y pedagógicos en diferentes lugares del mundo que necesitan también un progreso en pensamiento situado.

El aporte a la democracia de la profesora Cendales es clave en el momento que vive nuestra nación; los procesos de paz se consolidan en la medida en que la palabra se les concede a todos los actores de la nación; son muchas las heridas que nuestro pueblo carga y que deben ser trabajadas en pequeñas comunidades; las apuestas de educación popular son esenciales para afianzar procesos de participación y generar oportunidades que surjan desde las comunidades mismas.

La comunicación del conocimiento en bases populares genera procesos de pensamiento emancipatorio, logra la formación de sujetos políticos, tanto individuales y colectivos, tarea no fácil en una nación que ha tenido que sobrevivir a la brutalidad de los diversos actores del conflicto. Sin embargo, las apuestas de investigadores sociales, como la profesora Cendales, son una forma de posibilitar una nación más justa y solidaria.

Referencias bibliográficas

- Albornoz, M. (2007) "Los problemas de la ciencia y el poder". Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología y Sociedad, n.º 8, vol. 3, pp. 47-65.
- Coffey y Atkinson (1996). Encontrar el sentido a los datos cualitativos. Estrategias complementarias de investigación. Ed. Universidad de Antioquia. Medellín.
- Kreimer, P. (2015). "La ciencia como objeto de las ciencias sociales en América Latina: investigar e intervenir". En Cuadernos del Pensamiento Crítico Latinoamericano, n.º 27. Ed. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales.
- Ortega, P.; Torres, A. 2011. "Lola Cendales, entre trayectos y proyectos en la educación popular". En Revista Colombiana de Educación n.º 61.
- Roitman, M. (2008). Pensar América Latina. El desarrollo de la sociología latinoamericana. Ed. Clacso. Buenos Aires.
- Vasilachis Irene (2006). Estrategias de investigación cualitativa. Ed. Gedisa. Barcelona.
- Wodak, R.; Meyer, M. (2003). Métodos de análisis crítico del discurso. Ed. Gedisa. Barcelona.

Anexo

Matriz de análisis (Wodak y Meyer, p. 80) Lola Cendales. Ponencia Por los caminos del pensamiento crítico

Ponencia Por los caminos del pensamiento crítico

Ponencia Lola Cendales	Discurso e interdiscurso	Hilo discursivo	Fragmento discursivo	Enmarañamientos y nudos discursivos	Acontecimientos discursivos	Planos discursivos, ubicaciones societales	Postura discursiva	Historicidad discursiva
Definiciones	Discursos especiales son los de la ciencia; los discursos no científicos son elementos del interdiscurso (Wodak y Meyer, p. 81)	Llamo hilos discursivos a los procesos temáticamente uniformes. (Wodak y Meyer, p. 81)	Es un fragmento de texto que habla de un tema (Wodak y Meyer, p. 81)	Un texto contiene fragmentos de discursos y se presentan de forma enmarañada. Varios temas o un tema principal que toca otros temas (Wodak y Meyer, p. 81)	(contexto discursivo) Aquellos acontecimientos en los que se haya puesto un énfasis político. (Wodak y Meyer, p. 82)	Los hilos discursivos operan en diferentes planos discursivos (ciencia o ciencias políticas, medios de comunicación, educación, vida cotidiana, vida empresarial, administración. Los planos discursivos también pueden denominarse ubicaciones societales, desde las que se produce el habla (Wodak y Meyer, p. 83)	Ubicación ideológica (Wodak y Meyer, p. 84)	Será necesario analizar marcos temporales más amplios de los procesos discursivos, junto con sus cambios, fracturas, desapariciones y reapariciones (Wodak y Meyer, p. 86)

Ponencia Lola Cendales	Discurso e interdiscurso	Hilo discursivo	Fragmento discursivo	Enmarañamientos y nudos discursivos	Acontecimientos discursivos	Planos discursivos, ubicaciones societales	Postura discursiva	Historicidad discursiva
Se presenta como educadora. Cumplen una función educativa. Investigación y pensamiento crítico. ¿Cuáles son los requerimientos para que un trabajo sea investigación? La investigación tiene su punto clave en la producción de conocimiento. Metodología rigurosa. Actitud crítica. Se debe formar en la actitud crítica para que haya investigación. Considera que hay dos autores en pensamiento crítico. Vertiente crítica en educación: educación popular, tiene origen en Paulo Freire, quien siendo abogado hizo un estudio crítico sobre la situación de su país, donde se interesó sobre la educación.	Educación. Escuela de Fráncfort. Pensamiento crítico de América Latina. Dos autores: Paulo Freire. Alfabetización Marco general Educación liberadora Freire. IAP Orlando Fals Borda. Historia.	Educación Educación bancaria. Necesidad de saber para poder ver. Marco general Historia	Se debe formar en la actitud crítica para que haya investigación. Se debe investigar, pero no solo interpretar lo que usted ve, sino conocer las interpretaciones de la gente.	Educación opresora, educación liberadora. Exclusión Educación bancaria Educación liberadora hacia la educación popular; esta última más comprometida con los excluidos. Conciencia del saber; se necesita conciencia comprometida, más allá de la conciencia iluminada, ilustrada. Pensamiento autónomo Intencionalidad ético-política. Marco general Desde la historia se plantea la subversión: cambio.	Encuentro en el cual se habló de no seguir hablando de alfabetización y mejor hablar de educación de adultos. Recibí un libro pirateado. Paulo Freire: significó para mí otro sentido de la educación. En Freire se entiende un sentido ético y político. Reforma agraria del 68; en ella llegó el pensamiento de Freire a Colombia. Los años ochenta eran tiempos de medidas de ajuste económico. Tiempos de represión. En este punto se van configurando los movimientos sociales. Se desarrolla la educación popular, se hace explícita la opción preferencial por los excluidos. Marco general Experiencia del Atrato Comunidades afrodescendientes. Trapiches, arroz, caña. Querían hacer una sistematización de las empresas comunitarias. En estos casos es muy importante la cercanía ideológica. La sistematización tiene dos momentos: 1. La lectura a través de talleres.	Educación. Sociedad, exclusión Marco general	Educación popular. Pedagogía del diálogo, propuesta de Freire. Compromiso de liberación. Es la realidad la que provoca el pensamiento crítico. Investigación acción participativa. Núcleo central de la educación popular. La educación tiene una intencionalidad ética: tiene que mejorar las calidades de vida, pero debe también reconocer la inclusión, pero no a esta sociedad maltratante. Entendemos la inclusión como la invitación al otro a construir un proyecto de vida, de sociedad diferente, distinta a la que tenemos. En cuanto a lo político referido al poder negativo y positivo.	Educación popular como tarea; al final de la postura discursiva presenta los horizontes históricos en términos de formación. Formación de sujetos sociales, individuos y colectivos. Marco general.

Ponencia Lola Cendales	Discurso e interdiscurso	Hilo discursivo	Fragmento discursivo	Enmarañamientos y nudos discursivos	Acontecimientos discursivos	Planos discursivos, ubicaciones societales	Postura discursiva	Historicidad discursiva
Esta educación liberadora no se puede quedar en el discurso, por esto propone la investigación temática: indagar el universo de la gente, buscando las palabras que presenten las contradicciones de las comunidades. La alfabetización no tiene sentido como un simple leer y escribir; tiene sentido en la medida en que brinde elementos para que la comunidad pueda liberarse. La educación puede brindar un horizonte de libertad. Debe tenerse una inquietud por lo que se va viviendo. Freire entró por medio de técnicos y por vía de trabajadores sociales. Freire fue prohibido, estaba vetado. Se fue conociendo por vía de la reforma agraria. Lectura crítica de la realidad.					Reconstruir la historia de sus empresas, todo se hacía oralmente; un grupo de educadores escribía lo que se hacía para ellos; la Ley 70 era clave. Luego toda la problemática que estaban viviendo. La tarea de Lola Cendales era mover el concepto. Hoy por hoy hay un concepto de economía solidaria. Se llamó a un técnico del Sena para que le presentara a la comunidad todo lo que es la cooperativa, de tal manera que tuvieran la forma de contrastar. Los campesinos llegaron a la conclusión de que no podían volverse cooperativa y dieron las razones. Uno tiene, como investigador, que brindar elementos. Trabajaron un artículo sobre economía solidaria. Participar en un concepto no significa tener la comprensión del proceso; esa es la tarea del investigador, que se logre esa comprensión. La investigación tiene que ser una investigación comprometida.		El poder negativo sirve para ignorar o aplastar al otro. Tenemos un llamado al poder positivo, a potenciar las capacidades de los otros. Potenciar capacidades simbólicas. La realidad no habla por sí sola, soy yo quien la hago hablar. La pobreza es un concepto desde el cual analizo la realidad. Pensamiento autónomo. Este pensamiento debe ser formado. La capacidad de refutar o de apoyar, de argumentar y traargumentar. ¿Cómo se forma el pensamiento autónomo? Desde la escuela inicial, al niño se le debe invitar a argumentar.	

Ponencia Lola Cendales	Discurso e interdiscurso	Hilo discursivo	Fragmento discursivo	Enmarañamientos y nudos discursivos	Acontecimientos discursivos	Planos discursivos, ubicaciones societales	Postura discursiva	Historicidad discursiva
¿Qué nos están vendiendo como paz? Hay que develar lo que hay atrás de los discursos. Tener el diálogo como la propuesta fundamental. El diálogo es el reconocimiento del otro. Elemento de la propuesta fundamental pedagógica. Tengo que saber cómo construyo un concepto, cómo lo trabajo con la comunidad. Esto es como el marco general. Para Orlando Fals Borda, la IAP. Se propone poder construir ciencia con el pueblo. No objetividad. Se salió de la universidad para poder investigar. Reconstruí la historia desde la óptica de los campesinos. La finalidad es la formación de los líderes comunitarios, que deben trabajar desde la historia, no del poder establecido, no oficial.							Tenemos que formar criterio en las comunidades en las que estamos trabajando. El poder necesita de la ignorancia. Marco general Subversión, subvertir la situación, una subversión por el cambio, por una situación justa. Luchar por otra cosa; en este punto la subversión es moralmente válida. La investigación permite encontrar las contradicciones; la investigación sirve para trascender los discursos oficiales.	

Ponencia Lola Cendales	Discurso e interdiscurso	Hilo discursivo	Fragmento discursivo	Enmarañamientos y nudos discursivos	Acontecimientos discursivos	Planos discursivos, ubicaciones societales	Postura discursiva	Historicidad discursiva
Desde los campesinos. Subversión. A partir de la IAP. En 1985, a partir de la pregunta sobre qué está pasando en las prácticas, viene la sistematización de experiencias. Modalidad de investigación cualitativa que busca la interpretación de las experiencias. Dar voz a los excluidos. Tarea de inclusión. La reconstrucción colectiva de la memoria. Es necesaria la reconstrucción de memoria intergeneracional. Sistematización de experiencias y reconstrucción de la memoria son las dos propuestas que surgen.								

Consumo de alcohol o sustancias psicoactivas en el lugar de trabajo: más allá del abordaje exclusivamente disciplinario

ENSAYO

Recibido: 19 III 2018; Aceptado: 30 IV 2018

AUTORA: MARTHA LILIANA ARTEAGA P.[1]

Resumen
en colombia la solución actual legal a la problemática del consumo de alcohol o cualquier sustancia que produzca dependencia en el lugar de trabajo está enfocada al campo exclusivamente disciplinario y sancionador. No obstante, es preciso advertir que se está frente a sujetos afectados por una grave patología1 mental manifestada en una adicción. En esas condiciones, el margen decisional del afectado se encuentra seriamente limitado, al punto de disminuirse o anularse su voluntad. Demanda un serio compromiso del estado orientado a brindar al empleado (del sector público o privado) la protección especial requerida a partir de la implementación de medidas de prevención, tratamiento y rehabilitación para la mitigación de tan grave y complejo infortunio de salud pública.

Palabras claves
adicción, entorno laboral, salud mental, compromiso estatal, sujeto de especial protección, salud pública.

Introducción

Actualmente, resulta en Colombia de suma importancia abordar la incidencia del consumo de alcohol, narcóticos o cualquier otra droga enervante en el lugar de trabajo, sea en el ámbito privado o público, así como las herramientas jurídicas con que cuenta el empleador en el caso de encontrarse frente a esta situación, en la medida en que dicho estado produzca la afectación en el desempeño de la labor (Código Sustantivo del Trabajo) o categorizándose como una prohibición en el caso del servidor público, por cuanto se erige en una afectación al ejercicio de la función, contexto en el cual el aparato legislativo ha establecido disposiciones normativas con el fin de impartir el necesario control en el entorno laboral.

Sin embargo, el papel de las autoridades no solo se debe circunscribir al campo meramente regulador o sancionador, en consideración a que es menester encender las alarmas frente a esta realidad a fin de que se implementen serias y acertadas soluciones, pues nos enfrentamos en algunos de estos casos más complejos a un desolador panorama que amerita la adopción pronta de medidas tendientes a prevenir o remediar esta grave problemática de salud pública.

Ello, por cuanto hoy en día esta circunstancia, en tratándose de trabajadores sujetos al régimen laboral privado, se encuentra legitimada bajo el condicionamiento de que se produzca una afectación en el desempeño laboral del trabajador, situación que no ocurre dentro de la esfera pública, en la medida en que taxativamente dicha

[1] Abogada de la Universidad de Nariño. Especialista en Instituciones Juridicopenales y Derecho Constitucional de la Universidad Nacional. Ha laborado como personera municipal de Puerres (Nariño), empleada de la rama judicial y actualmente se desempeña en carácter de profesional universitario de la Procuraduría Regional de Nariño. Correo electrónico: yiyarteaga@yahoo.com.

conducta se encuentra proscrita dentro del listado de faltas de carácter disciplinario.

Empero, al Estado no le es dable restringir su intervención solamente al ámbito represivo y sancionador, puesto que podrían presentarse eventos en los que dicha conducta sea producto de una enfermedad, más exactamente una adicción, con repercusiones que rebasan el plano laboral, generando afectación no solo al individuo que la padece, sino a su entorno familiar y social.

Esta temática encendió un álgido debate en varios sectores del país, y ha sido objeto de pronunciamientos no solo de los altos tribunales del aparato de justicia colombiano, sino de académicos expertos en temas jurídicos y medicocientíficos, al igual que en medios de comunicación y del ciudadano del común.

Así, se adentrará en el análisis del consumo de alcohol, narcóticos o cualquier otra sustancia psicoactiva en el sitio de trabajo en los ámbitos del sector público o privado, de los pronunciamientos de la Corte Constitucional en lo que respecta a ello, de posturas críticas y recomendaciones sobre la necesidad de adoptar medidas de prevención, tratamiento y rehabilitación, dado que se trata de una crítica situación de salud pública en donde la responsabilidad de proteger al trabajador o servidor inmerso en el flagelo de la adicción recae en el Estado.

Planteamiento del problema

Frente al panorama presentado, cabe preguntarse si es suficiente la adopción de medidas represoras desde el campo exclusivamente disciplinario ante el consumo de drogas o cualquier otra sustancia prohibida que produzca dependencia física o psíquica en el lugar de trabajo por parte de un servidor o si es menester que el Estado brinde medidas o alternativas adicionales al afectado, al trascender a una problemática de salud pública.

El punto de partida. Escenario jurisprudencial reciente: sentencia C-636 de 2016

Resulta primordial partir de la reciente y polémica sentencia C-636 de 2016, en donde le correspondió a la Corte Constitucional establecer si la prohibición contemplada en el numeral 2º del artículo 60 del Código Sustantivo del Trabajo vulneraba el derecho a la igualdad y el derecho al trabajo (artículos 13 y 25 de la Constitución). Al respecto, la acción de inconstitucionalidad argumentaba que la norma demandada establecía una distinción entre trabajadores con enfermedades comunes, por cuanto a las personas con dependencia al consumo de sustancias psicoactivas se les puede despedir con justa causa, a diferencia de lo que sucede con el tratamiento legal a las demás enfermedades comunes.

ENSAYO

Résumé
En Colombie, la solution juridique actuelle au problème de la consommation d'alcool ou de toute substance produisant une dépendance sur le lieu de travail est centrée sur le domaine exclusivement disciplinaire et de la sanction. Cependant, il convient de noter qu'on se confronte à des sujets affectés par une pathologie mentale grave, manifestée dans une dépendance. Dans ces conditions, la marge décisionnelle de la personne concernée est sérieusement limitée, au point de diminuer ou d'annuler sa volonté- Celai exige un engagement sérieux de l'Etat, visant à fournir au salarié (du secteur public ou privé) la protection spéciale requise, de la mise en œuvre de mesures de prévention, de traitement et de réadaptation pour l'atténuation d'un malheur de santé publique aussi grave et aussi complexe.

Mots clés
Toxicomanie, milieu de travail, santé mentale, engagement de l'État, sujet d'une protection spéciale, santé publique.

La Corte recordó que el derecho al trabajo debe incluir condiciones dignas y justas, según el artículo 25 de la Constitución, lo cual habilita a que se establezcan medidas encaminadas al cumplimiento de este propósito, entre ellas las prohibiciones a los trabajadores, que tienen una finalidad primordialmente preventiva: evitar situaciones que los pongan en riesgo y que promuevan el adecuado cumplimiento de la labor que desempeñan.

Advirtió que dichas prohibiciones, para ser válidas, deben ser respetuosas de los derechos fundamentales de los trabajadores, v. gr., intimidad y el libre desarrollo de la personalidad (artículos 15 y 16 de la Constitución). Concluyó que la prohibición contenida en la indicada disposición era demasiado amplia, al consagrarla para cualquier persona trabajadora sin consideración a la labor específica que pueda desempeñar.

Para la Corte no es válido asumir automáticamente que en todos los casos el consumo de sustancias psicoactivas implique un riesgo al trabajador o sus compañeros de trabajo, ni que afecte negativamente la labor contratada, por lo que la limitante, como estaba prevista, resultaba contraria al artículo 25 de la Constitución. Además, dada su generalidad, podría llegar a afectar la autonomía individual de los trabajadores, reconocida en los artículos 15 y 16 de la Constitución Política.

La exequibilidad de la disposición demandada se condicionó con el propósito de enfatizar la relación que debe tener la medida prevista en la norma mencionada con el buen desempeño de la labor contratada, reconociendo que la proscripción no recae sobre el sujeto, sino sobre la potencial afectación que dicha conducta pudiese tener en la labor contratada.

Así, condicionó el alcance de la prohibición prevista en el artículo 60 del CST, precisando que solamente sería exigible *"cuando el consumo de alcohol, narcóticos o cualquier otra droga enervante afecte de manera directa el desempeño laboral del trabajador"*.

Con anterioridad, en sentencia C-252 de 2003, el máximo tribunal en cita llevó a cabo el análisis de constitucionalidad del numeral 48 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, que prevé como falta gravísima en que puede incurrir un servidor público o un particular que desempeñe funciones públicas

> *Consumir en el sitio de trabajo o en lugares públicos sustancias prohibidas que produzcan dependencia física o psíquica, asistir al trabajo en tres o más ocasiones en estado de embriaguez o bajo el estado de estupefacientes. Cuando la conducta no fuere reiterada conforme a la modalidad señalada, será calificada como grave. (Colombia. Corte Constitucional, 2003).*

Conviene tener en cuenta que en lo que respecta al consumo de sustancias prohibidas por los servidores públicos o particulares que desempeñen funciones públicas, primigeniamente el legislador consagró y catalogó como falta disciplinaria grave o gravísima por reincidencia el consumo de estas sustancias tanto en el lugar de trabajo como en lugares públicos.

De ahí que, en el pronunciamiento en comento, la Corte encontró que resultaba conforme a la Constitución que se sancionara como falta grave o gravísima, en caso de reiteración, el consumo de sustancias prohibidas en el lugar de trabajo o el hecho de acudir a este bajo los efectos de tales sustancias o en estado de embriaguez por las consecuencias que ello necesariamente ocasiona en el cumplimiento de los deberes funcionales.

Señaló además que resultaba desproporcionado imponer la misma sanción por el simple consumo de tales sustancias en un lugar público en casos en que ello no incidiera en el correcto ejercicio de tales funciones públicas.

En tal virtud, declaró exequible el artículo 48, numeral 48, de la Ley 734 de 2002 en el entendido que la expresión *"en lugares públicos"*, contenida en el inciso primero, es exequible en cuanto la conducta descrita afecte el ejercicio de la función pública.

Tal postura fue confirmada en sentencia C-284 de 2016, que efectuó el análisis de las objeciones gubernamentales al proyecto de ley que expide Código General Disciplinario y deroga disposiciones del derecho disciplinario, dentro de las cuales se encontraba el numeral 48 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, "faltas gravísimas", esto es, el referente al consumo de sustancias prohibidas en el lugar de trabajo, o el hecho de acudir a este bajo los efectos de tales sustancias o en estado de embriaguez, en donde esbozó que mantienen vigencia las conclusiones a que ella misma llegó al analizar en la sentencia C-252 de 2003, por versar sobre una norma legal de idéntico contenido a la objetada. (Colombia. Corte Constitucional, 2016).

Dependencia del alcohol o de sustancias prohibidas en el sitio de trabajo: un complejo problema de salud

En este contexto, es preciso remembrar la definición de la Organización Mundial de la Salud (2005) sobre la salud mental como "un estado de bienestar en el cual el individuo se da cuenta de sus propias aptitudes, puede afrontar las presiones normales de la vida, puede trabajar productiva y fructíferamente y es capaz de hacer una contribución a su comunidad". Por ende, una falencia mental

indiscutiblemente genera una seria afectación no solo al aquejado, sino a quienes interactúan con él, valga decir, la familia y colectividad en general.

Así las cosas, cobra radical importancia el cuestionamiento que se hace en el actual escrito sobre la manera en que el Estado trata la circunstancia del consumo de bebidas embriagantes o drogas en el sitio de trabajo, cualquiera que sea el escenario laboral en que dicho comportamiento tenga lugar –*máxime cuando este alcanza una dinámica persistente*–, por cuanto esta sintomatología es un claro indicativo de la existencia de anormalidad o presencia de un estado patológico en quien la padece.

Precisamente dicha condición enfermiza es la que le impide al operario desempeñar a cabalidad sus funciones y afectar, sin lugar a dudas, la prestación del servicio. En esas circunstancias, ciertamente no se aviene apropiada la simple imposición de una sanción disciplinaria, determinación que no finiquita *per se* dicho conflicto; se deben adoptar remedios mucho más idóneos e integrales, como la remisión del afectado a entidades de salud adecuadas para la iniciación o prosecución del tratamiento requerido.

En este orden de ideas, debe centrarse la atención específicamente en la génesis de la sentencia C-636 de 2016, cuyo fundamento fue la demanda interpuesta por estudiantes de la Universidad Uniciencia de Bucaramanga, con la que buscaban se declarara la inexequibilidad del numeral 2º del artículo 60 del Código Sustantivo del Trabajo.

Argumentaron que esa restricción no tuvo en cuenta a los drogadictos, reconocidos por la ley como enfermos; las empresas podían terminar sus contratos de manera unilateral por el consumo de sustancias psicoactivas, lo cual es catalogado como una enfermedad mental. Se debía indicar un aspecto diferenciador y aplicar un procedimiento desigual entre la persona que no es consumidora habitual y un trabajador que está inmerso en esta patología, producto de la adicción.

La Corte desestimó la invocación al derecho a la igualdad que hicieron los accionantes, se concentró en lo relativo al derecho al trabajo, y concluyó que, aunque el artículo en cuestión sí se ajusta a la Constitución, debía ser condicionado.

Sumamente importante fue la postura que asumió la Universidad Libre en el acápite de intervenciones académicas al exponer que el tratamiento de los problemas relacionados con el consumo de alcohol y drogas en el lugar de trabajo es un asunto que ha sido estudiado por el Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 1996), el cual en reunión del 23 al 31 de enero de 1995 emitió recomendaciones al respecto. Entre ellas, señaló que los empleadores deberían considerar los problemas de alcohol y drogas como un problema de salud, por lo que "el empleador debería normalmente ofrecer servicios de asesoramiento, tratamiento y rehabilitación a los trabajadores antes de considerar la aplicación de medidas disciplinarias".

Por ende, el empleador debe brindar una oportunidad a la persona que tenga una adicción al alcohol o a sustancias estupefacientes para que intente rehabilitarse antes de proceder a despedirlo por ese motivo.

Sobre el tratamiento diferencial y particularizado que debe impartirse en estos casos, en los que la ingesta de alcohol o el nivel de dependencia a sustancias adictivas supere el umbral de lo que pueda estimarse normal, en la *Revista Semana* se puntualizó:

> ***Cuestión de derechos***. *Pero no puede dejarse de lado que la Organización Mundial de la Salud* y la Ley 1566 de 2012 consideran el consumo patológico de alcohol y alucinógenos una enfermedad mental. Lo cual en Colombia representa un problema nada desdeñable de salud pública: el Estudio Nacional de Sustancias Psicoactivas contó alrededor de 180.000 colombianos con problemas de abuso o dependencia de drogas en 2013, cifra que desde hace una década no deja de aumentar. Además, según la Ley 100 de 1993, la enfermedad no puede ser motivo de despido por justa causa.
>
> *Si bien un empleado borracho o drogado que se lesiona en el trabajo podría acarrear líos legales –pues no sería claro si le compete asistirlo a la EPS o a la ARL–, también es cierto que la Corte buscó limitar la legislación vigente, que ya tenía sus propios vacíos (Publicaciones Semana, S.A., 2017).*

Deber de protección estatal frente al trabajador adicto

Ciertamente, el drama y complejidad que envuelven el caso de los adictos y su manejo dentro de un espacio laboral determinado traspasan el plano exclusivamente disciplinario, debiendo en estos casos concretos ser coherente el Estado con las posturas proteccionistas –de injerencia

en el resorte privado del trabajador o servidor público–, por cuanto el principio de autonomía personal del individuo se ve disminuido por las restricciones propias de la naturaleza de la enfermedad, al estar implicadas sus condiciones de su salud.

A pesar de que se puede predicar en un comienzo que el Estado debe propender al respeto a la libertad individual y a la posibilidad del individuo de adelantar su proyecto vital, lo real es que debe auscultarse hasta dónde cabe predicar la posibilidad de actuar conforme al libre albedrío en el escenario fáctico puesto sobre la mesa, por cuanto en estos eventos incuestionablemente se está ante un sujeto que ve mermada ostensiblemente su capacidad de discernimiento, encontrándose en entredicho su posibilidad de toma de decisiones.

Así, se descarta de plano que la persona en tales condiciones pueda manejar apropiadamente las riendas de su existencia, lo cual lleva a que por sus condiciones sui géneris de indefensión y debilidad manifiesta (artículo 13 de la Constitución Política) deba hacerse merecedor a una asistencia especial acorde con su menoscabado estado de salud.

Frente al derecho a la libertad individual, determinó la Corte Constitucional en sentencia C-639 de 2010:

> *El principio de autonomía derivado del carácter pluralista de nuestro orden constitucional (art. 1° C. N.), así como del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 C. N.), del derecho de autodeterminación (art. 9° C. N.) y del derecho de dignidad humana (art 1° C. N.), se erige como la garantía de que los ciudadanos puedan tomar decisiones que no afecten derechos de terceros a partir del reconocimiento de su capacidad de reflexión sobre sus propias preferencias, deseos, valores, ideales y aspiraciones.*
>
> *La capacidad de reflexión referida debe ser real, y por ello se requiere un profundo respeto por el principio de libertad. En este sentido, el principio de autonomía adquiere una doble dimensión como valor: a) el valor de llevar una vida de acuerdo a nuestras propias decisiones y b) el valor de decidir sin limitaciones externas de otros (Rosenkrantz, 1992, p. 17).*
>
> *La jurisprudencia constitucional que ha desarrollado el alcance del valor de la autonomía personal en relación con el cuidado de la salud ha sostenido la idea según la cual la evaluación de las consecuencias de las acciones cambia cuando estas se han derivado de 'nuestra propia elección'; y ello resulta de vital importancia porque sin esta posibilidad no se cumplen las expectativas propias y de otros respecto de nuestra propia competencia para manejar nuestras vidas (Scanlon T. "The relevance of choice". Citado en Rosenkrantz, 1992). (Colombia. Corte Constitucional, 2010).*

Por consiguiente, no puede el Estado desligarse de la profunda responsabilidad que le es endilgable en el contexto neurálgico que ocupa nuestra atención, so pretexto argumentar que se trata de un asunto del fuero íntimo del individuo, que atañe exclusivamente a él, en virtud de que el trasfondo, como se viene explicando, radica en que ante esos cuadros clínicos de dependencia o adicción, la voluntad del afectado se halla en grado sumo comprometida, al punto que bajan o se anulan considerablemente las facultades mentales del aquejado.

De ahí que sea absolutamente desatinado pretender escudarse en que todo se reduce al "ejercicio de la libertad" de acudir o no al consumo de sustancias o drogas estupefacientes, así como a la "elección de asistir o no a un centro especializado para el tratamiento y/o rehabilitación de su patología", pues, se recuerda, se está ante un sujeto agobiado por una dolencia mental y no ante una persona en pleno uso de sus facultades mentales.

Siendo así las cosas, el conflicto planteado en el asunto materia de estudio no se agota con la imposición de una sanción disciplinaria, habida cuenta que subyace a ello un agudo problema de salud con nefastas repercusiones a todo nivel que reclama del Estado una solución pronta, eficaz, de fondo e integral. Por ende, quedarse simplemente en el campo represor es demostrativo del afán de tratar los graves embrollos que consternan a nuestra sociedad en forma por demás superflua e irresponsable, abandonando en últimas al indefenso a su propia suerte, lo cual comprueba una vez más la doble moral y ligereza con que se manejan los temas trascendentales en nuestro país.

Esto remite a interesantes planteamientos esgrimidos en uno de los salvamentos de voto contenidos en la sentencia C-221 de 1994, que abordó la dosis personal:

> ***Derecho al libre desarrollo de la personalidad-límites (salvamento de voto)***
>
> *Interpretar, como lo ha hecho la mayoría, que el derecho al libre desarrollo de la personalidad implica la facultad ilimitada de cada*

quien de hacer o no hacer lo que le plazca con su vida, aun llegando a extremos de irracionalidad –como atentar contra su propia integridad física o mental–, constituye un funesto error; pero peor aún resulta interpretar que tal derecho puede ejercerse aun en perjuicio de los demás. El libre desarrollo de la personalidad se basa, entonces, en el principio de una justa autonomía del hombre, como sujeto personal de sus actos. En virtud de la razón natural, que es expresión de sabiduría, la razón humana es la suprema ley del hombre.

Principio de dignidad humana-drogadicción (salvamento de voto)

La dignidad humana exige pues el respeto y promoción incondicionales de la vida corporal; por tanto, la dignidad humana se opone a esa concepción que, en aras del placer inmediato, impide la realización personal, por anular de forma irreversible tanto el entendimiento como la voluntad, es decir, torna al hombre en esclavo del vicio, como ocurre en el caso patético de la droga. No es admisible ningún atentado contra ese valor personal del hombre que es su dignidad. Todo el orden jurídico, político y económico debe permitir que cada ciudadano preserve su dignidad, y en orden a la coherencia, debe garantizar la prevalencia de dicha dignidad, que siempre es de interés general. Quienes suscribimos este salvamento no entendemos cómo puede considerarse que la autodestrucción del individuo, sin posibilidad de reprimir su conducta nociva y ni siquiera de rehabilitarlo, pueda tomarse como una forma de realizar el mandato constitucional de respeto a la dignidad humana cuando es precisamente esta la primera lesionada y, peor aún, aniquilada por el estado irracional al que se ve conducido irremisiblemente el consumidor de droga (Colombia, Corte Constitucional, 1994, p. 26).

Resulta significativamente interesante la postura expuesta por la Corte Constitucional en la sentencia C-491 de 2012, en donde al examinar la constitucionalidad del artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, que modificó el tipo penal previsto en el artículo 376 de la Ley 599 de 2000, sobre el tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, puntualizó que el consumo de dosis personal no puede ser penalizado, dada la inocuidad de la conducta, al paso que el adicto merece el cuidado y atención especial del Estado, señalando:

> *33. En conclusión, las conductas alternativas descritas en el artículo 376 del Código Penal comprenden el 'tráfico, fabricación o porte'* de sustancia estupefaciente, sicotrópica o droga sintética en las cantidades previstas en los incisos primero, segundo y tercero del artículo 376 C. *P., con exclusión del porte o conservación de la cantidad considerada como dosis para uso personal, toda vez que (i) se debe distinguir entre las conductas constitutivas de narcotráfico y el porte de sustancia para el consumo personal; (ii) este último comportamiento no reviste idoneidad para afectar los bienes jurídicos de la salubridad pública, la seguridad pública y el orden económico y social, protegidos en las normas que penalizan el narcotráfico, en cuanto que se trata de una conducta que no trasciende el ámbito personal del individuo; (iii) la penalización del porte o conservación de sustancia estupefaciente en cantidad considerada como dosis personal comportaría vulneración del principio de proporcionalidad y prohibición de exceso en materia penal, comoquiera que se estaría criminalizando un comportamiento carente de idoneidad para lesionar bienes jurídicos amparados por la Constitución; (iv) la prohibición que introdujo el Acto Legislativo 02 de 2009 en el artículo 49 de la Constitución en cuanto al porte y consumo de sustancia estupefaciente o sicotrópica no conduce a la criminalización de la dosis personal, comoquiera que no comporta una finalidad represiva frente a quien tenga la condición de adicto, sino de protección a través de medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico, las cuales deben contar con el consentimiento informado del adicto (Colombia, Corte Constitucional, 2012).*

Recomendaciones

Así pues, se reafirma la perentoriedad de brindar un trato acorde con la connotación de insanidad mental que afronta el adicto a cualquier tipo de sustancia, en el escenario laboral, itérase, en relación con el empleado o servidor, que reiteradamente incurre en estos comportamientos, pues al margen del tratamiento disciplinario que la incursión en tal prohibición acarrea es menester propender a amparar sus derechos, máxime cuando el propio artículo 49 Superior determina como deber del Estado

llevar a cabo medidas y tratamientos preventivos y de rehabilitación en favor de los adictos bajo la perspectiva de tratarse de un agudo problema de salud pública.

Corolario a esto, se reclama con urgencia la implementación de mecanismos encaminados a considerar con la profundidad del caso el complejo panorama expuesto en consideración a que

> *El consumo de alcohol y otras drogas tiene una elevada prevalencia en la sociedad en general, y también entre la población trabajadora, repercutiendo sobre el medio laboral. La repercusión del consumo de estas sustancias en el medio laboral es muy importante (enfermedades, accidentes laborales, absentismo, incapacidades laborales, disminución de la productividad…). Se valora la necesidad de una política en el medio laboral encaminada a prevenir o minimizar los riesgos laborales derivados del consumo de estas sustancias con programas de prevención y apoyo que aporten información básica de referencia y orienten al abordaje asistencial de los trabajadores afectados (Ochoa & Madoz, 2008, p. 1).*

Conclusiones

Básicamente, la fenomenología del consumo de alcohol o cualquier sustancia que produzca dependencia en el lugar de trabajo, dada la complejidad que envuelve, no se debe reducir al campo exclusivamente disciplinario y sancionador, por cuanto es preciso considerar que se está frente a individuos afectados por una grave patología mental, manifestada en una adicción.

Es menester que el empleado tanto en el terreno público como el privado, agobiado por un cuadro clínico de farmacodependencia o alcoholismo, sea sometido a un tratamiento acorde con la alteración de sus condiciones de salud, bajo la consideración de que se está ante un sujeto de especial protección, dadas sus particulares circunstancias de vulnerabilidad e indefensión.

En efecto, un empleado bajo ese contexto carece de parámetros de normalidad para conducir de manera libre y adecuada su existencia, pues sus facultades mentales adolecen de la falta de capacidad volitiva requerida para autodeterminarse, siendo imperiosa la intervención estatal con el fin de ofrecerle el apoyo necesario.

Las autoridades, en acatamiento a las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo y conforme a los postulados garantistas propios del Estado social de derecho que guían nuestra Carta Política, deberán implementar en el escenario laboral, en el menor tiempo posible, medidas de prevención, tratamiento y rehabilitación frente al consumo de alcohol, drogas o sustancias prohibidas que produzcan dependencia dirigidas a brindar protección al empleado que se halle en tales condiciones.

Para tal efecto es necesario incorporar la adicción al alcohol y a sustancias estupefacientes en el entorno del trabajo como una aguda problemática de salud pública, lo cual exige que el ejecutivo y el legislativo asuman un verdadero compromiso para asistir y apoyar integralmente a este sector particularmente vulnerable de trabajadores, pues como se ha visto, la solución no se restringe al contexto exclusivamente disciplinario.

Referencias bibliográficas

- Colombia. Corte Constitucional (2003). Sentencia C-252 de 25 de marzo de 2003. M. P.: Jaime Córdoba Triviño.
- Colombia. Corte Constitucional (2016). Sentencia C-636 de 17 de noviembre de 2016. M. P.: Alejandro Linares Cantillo.
- Colombia. Corte Constitucional (2016). Sentencia C-284 de 1º de junio de 2016. M. P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Colombia. Corte Constitucional (1994). Sentencia C-221 de 5 de mayo de 1994. M. P.: Carlos Gaviria Díaz.
- Colombia. Corte Constitucional (2010). Sentencia C-639 de 17 de agosto de 2010. M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto.
- Colombia. Corte Constitucional (2012). Sentencia C-491 de 28 de junio de 2012. M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.
- Ochoa Mangado, E. & Madoz Gúrpide, A. (2008). "Consumo de alcohol y otras drogas en el medio laboral". *Medicina y Seguridad del Trabajo*, 54(213), 25-32. Recuperado de http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0465-546X2008000400003&lng=es&tlng=es.
- Organización Internacional del Trabajo (1996). *Tratamiento de cuestiones relacionadas con el alcohol y las drogas en el lugar de trabajo. Repertorio de recomendaciones prácticas*. OIT, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.
- Organización Mundial de la Salud (2005). *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*. Modificaciones adoptadas por la 51ª Asamblea Mundial de la Salud, Resolución WHA51. 23 del 15 de septiembre de 2005. Recuperado de http://www.who.int/governance/eb/who constitution sp.pdf.
- Publicaciones Semana, S. A. (2017). "Empresas no podrán despedir a quienes lleguen borrachos". Recuperado de http://www.semana.com/nacion/articulo/fallo-de-la-corte-impide-despedir-a-los borrachos-y-a-los-drogados-en-el-trabajo/517570.
- Rosenkrantz, C. F. (1992). *El valor de la autonomía. En la autonomía personal. Cuadernos y Debates No. 37*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.

El impacto de la ausencia de un plan nacional de clarificación de los bienes baldíos en Colombia

ENSAYO

Recibido: 21 II 2018; Aceptado: 2 IV 2018

AUTORA: SILVANA PATRICIA GALOFRE C.[1]

Resumen

El presente escrito señala los resultados del estudio que tuvo como objeto principal la ausencia de un plan nacional de clarificación de los bienes baldíos en Colombia, que debía expedirse de acuerdo con las órdenes estructurales impartidas por la Corte Constitucional en la sentencia T-488 de 2014. Se evaluaron las cuatro órdenes estructurales contenidas en la sentencia mencionada, que tenían el objetivo de implementar un sistema a través del cual se lograra esclarecer cuáles son los bienes baldíos en Colombia. Lo anterior, con el propósito de realizar un aporte académico sobre el estado actual del plan nacional de clarificación de los bienes baldíos en Colombia y el cumplimiento de las órdenes proferidas por la Corte Constitucional.

Palabras claves

Bienes baldíos, órdenes estructurales, plan nacional de clarificación, Corte Constitucional.

Introducción

El ordenamiento jurídico colombiano prescribe la existencia de varios bienes inmuebles que se encuentren dispersos por todo el territorio nacional, cuyo dominio está en cabeza de la república, razón por la cual son llamados bienes de la Unión; dentro de estos se encuentran (i) los bienes de uso público, cuyo uso les pertenece a todos los habitantes del territorio nacional, por ejemplo las carreteras, puentes, calles, etc.; y (ii) los bienes fiscales, que su uso no está en cabeza de los habitantes de la nación, sino únicamente de la república, siendo un ejemplo los bien llamados pero mal utilizados bienes baldíos, que de acuerdo con el Código Civil son "todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales carecen de otro dueño" (art. 675).

En ese sentido, los terrenos baldíos no tienen otro dueño distinto a la nación; por esa razón quienes se encuentran asentados en ellos son meros ocupantes, que únicamente podrán adquirir la posesión cuando el Estado, representado por la Agencia Nacional de Tierras (ANT) o por las entidades estatales en cabeza de quien se delegue esa función, otorgue la posesión a través de un título traslaticio de dominio. De otra forma, lo único que tendrán quienes habiten en esos territorios será una simple expectativa, que de ningún modo los hace sujetos de derechos frente al Estado, lo que quiere decir que los bienes baldíos son imprescriptibles y que sin importar qué tanto tiempo sean habitados, nunca pasarán a manos de sus poseedores.

Sin embargo, pese a lo estipulado en el ordenamiento jurídico, respecto de la imprescriptibilidad de los bienes baldíos, la posesión de estos supone una serie de desafíos y problemas para la nación por cuanto no se tiene claridad acerca de las implicaciones del concepto

[1] Abogada Universidad del Rosario, especialista en Derecho Administrativo y en Derecho Constitucional de la misma universidad. Especialista en Gestión Pública e Instituciones Administrativas de la Universidad de los Andes. Estudiante de último año de la maestría en Derecho Público para la Gestión Administrativa de la Universidad de los Andes. Docente de la cátedra de Derecho Comparado de la Universidad del Rosario. Correo electrónico: sp.galofre@uniandes.edu.co.

de tierras baldías y no existe un plan nacional de clarificación de estos bienes conforme al cual se tenga una lista exacta de los bienes fiscales de la Unión en la que se especifiquen los supuestos de hecho y de derecho con base en los cuales se pueda identificar de forma razonada un bien baldío, lo que ocasiona que muchos habitantes de tierras baldías presenten demanda extraordinaria de pertenencia ante los jueces de la república para lograr la adjudicación del bien; la autoridad judicial en algunos casos los declara propietarios por adquisición del derecho real de dominio debido a que no tienen un protocolo de conducta o directrices claras sobre cómo proceder en aquellos eventos.

La Corte Constitucional intentó resolver todos estos problemas a través de cuatro importantes órdenes estructurales, que dispuso en la sentencia T-488 de 2014; sin embargo, no son órdenes sencillas sino que, por el contrario, cada una de ellas contiene más de un verbo rector que de manera explícita impone una obligación en cabeza de la entidad u organismo estatal competente en cada caso, las cuales se debían cumplir en términos muy cortos teniendo en cuenta el despliegue institucional que cada una de ellas requería, lo que al parecer no tuvo en cuenta que

> Las órdenes complejas contenidas en los fallos estructurales tienen su fundamento en la necesidad de adoptar soluciones que garanticen el goce efectivo de los derechos e intereses afectados; por esa razón la Corte Constitucional ordena crear, implementar y ejecutar ciertas políticas públicas que involucren la participación de varios órganos y entidades del Estado, cuya finalidad sea la señalada.

En razón a lo mencionado sobre la importancia de las órdenes estructurales, es necesario determinar qué tan razonables y acertadas fueron las impartidas por la Corte Constitucional en relación con la imprescriptibilidad de los bienes baldíos en Colombia, respecto de lo cual se tratará de demostrar que fueron disposiciones que pese a ser las adecuadas para lograr resolver los problemas que el tribunal constitucional detectó acerca de las tierras baldías en Colombia, no fueron razonables respecto a los tiempos en que se debían cumplir, los sacrificios institucionales, el talento humano y los recursos económicos que se deberían invertir para cumplir dichas órdenes.

Para desarrollar de manera clara y puntual este tema, abordaré, en el siguiente orden, las cuatro órdenes estructurales emanadas por la Corte Constitucional en materia de imprescriptibilidad de los bienes baldíos en el ordenamiento jurídico colombiano: (i) el plan nacional de clarificación de los terrenos baldíos de la nación; (ii) la directriz general de la Superintendencia de Notariado y Registro; (iii) el informe sobre los bienes baldíos adjudicados irregularmente; y (iv) recuperación de los bienes baldíos. Luego del análisis de cada una expondré una breve conclusión, que tendrá el mismo sentido de la tesis.

ENSAYO

Résumé

Le présent document indique les résultats de l'étude qui avait pour objet principal l'absence d'un plan national de clarification des biens vacants en Colombie, qui devait être publié conformément aux ordonnances structurelles rendues par la Cour constitutionnelle dans le jugement T-488 de 2014 Les quatre ordres structurels contenus dans l'arrêt susmentionné ont été évalués; ils avait pour objectif de mettre en place un système permettant de clarifier quels sont les actifs non cultivés en Colombie. Ce qui précède, dans le but de faire une contribution académique sur l'état actuel du Plan national, pour la clarification des actifs non cultivés en Colombie et le respect des ordonnances émises par la Cour constitutionnelle.

Mots clés

Marchandises stériles, ordres structurels, Plan national de clarification, Cour constitutionnelle.

I. Primera orden, el plan del plan nacional de clarificación de los terrenos baldíos de la nación

En su primera orden estructural, la Corte Constitucional le impuso al Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder) la obligación de adoptar el plan piloto para implementar en un futuro un plan nacional de clarificación de los terrenos baldíos en Colombia, para lo cual tendría dos meses después de notificada la decisión, el cual además debía ser enviado a la Procuraduría General de la Nación y a la Contraloría General de la República con la finalidad de que evaluaran e informaran al juez de instancia sobre la conveniencia del plan piloto, de acuerdo con su visión y misión institucional. Una vez implementado ese plan piloto –el plan del plan–, los organismos de control deberían vigilar e informar sobre su cumplimiento al juez de instancia y a la Corte Constitucional. El 16 de enero de 2016 el Incoder cumplió, de manera parcial, dada la complejidad y el poco tiempo que tenía para materializar la orden.

Sobre el particular, el Incoder manifestó: "En el año 2025, el Plan Nacional de Clarificación será una estrategia líder en Colombia, que habrá permitido la conformación de un inventario de bienes baldíos, la clarificación de las tierras de la Nación y la consolidación de una política de administración y custodia de los predios baldíos de la Nación" (Incoder ctd. En C. Const., auto 040/2017, M. P.: J. I. Palacio Palacio).

La solución de adoptar un plan nacional de clarificación de los bienes baldíos que se encuentran en el territorio nacional sería clave para evitar que se presentara un nuevo problema jurídico como el estudiado en la sentencia T-488 de 2014 en razón a que si se sabe cuáles son los bienes baldíos que se encuentran en el territorio colombiano, los jueces de la república cada vez que conozcan de procesos de prescripción adquisitiva sobre esa clase de bienes no resolverán a favor de quien solicita que se le adjudique el bien.

Sin embargo, el alto tribunal constitucional no tuvo en cuenta que para implementar el proyecto sobre el cual se desarrollará el plan nacional de clarificación se necesita establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales algunos bienes deben ser considerados bienes de uso fiscal, lo cual es una labor ardua y dispendiosa, que requiere cuidado por cuanto cualquier error que se cometa puede llevar a que se excluyan bienes baldíos de la lista y sean adjudicados a sus habitantes en el caso en que ellos inicien un proceso de pertenencia ante el juez competente de acuerdo con el lugar de ubicación del bien, lo que en mi opinión sería un problema más grave de los que actualmente se enfrentan en esta materia y que fueron mencionados al comienzo de este ensayo.

La gravedad de realizar un plan del plan nacional de clarificación de los bienes baldíos de forma acelerada y sin planeación implica dejar por fuera o incluir un terreno de tierra en la lista de bienes baldíos, sin tener la certeza de una u otra situación.

En ese sentido resaltó la Corte Constitucional:

> La importancia de contar con un inventario de bienes baldíos ha sido resaltada por la Contraloría General de la República. Sobre el particular, precisó que determinar con claridad cuáles son los terrenos sobre los cuales ejerce dominio la Nación permitirá, más allá de impedir que mediante la figura de prescripción adquisitiva del domino se sigan substrayendo los bienes baldíos del Estado, construir una política rural que permita la vigencia de la Carta del 91. (C. Const., T-407/2017, M. P.: I. H. Escrucería Mayolo, p. 38).

En ese punto está la importancia de estructurar con extremo cuidado y precisión el plan con base en el cual se implementará el plan nacional de clarificación de bienes baldíos en Colombia.

II: Segunda orden, la directriz general de la Superintendencia de Notariado y Registro

La Corte Constitucional le ordenó, en el numeral sexto del resuelve de la sentencia T-488 de 2014, a la Superintendencia de Notariado y Registro que en el término de dos semanas siguientes a la notificación de esa providencia expidiera una directriz general en la cual

> a) Explique la imprescriptibilidad de las tierras baldías en el ordenamiento jurídico colombiano; b) Enumere los supuestos de hecho y de derecho que permitan pensar razonablemente que se trata de un bien baldío; y c) diseñe un protocolo de conducta para los casos en que un juez de la república declare la pertenencia sobre un bien presuntamente baldío. (C. Const., T-488/2014, M. P.: J. I. Palacio Palacio, p. 50).

Luego de que se expidiera la directriz, debía ser enviada a la Corte Constitucional, como segundo mandato dentro de la orden estructural del numeral sexto.

En virtud de esa disposición, la Superintendencia de Notariado y Registro expidió las instrucciones conjuntas 13 y 251 del 13 de noviembre de 2014, referentes a los pasos por seguir frente a los procesos judiciales de prescripción adquisitiva de los derechos de dominio sobre un bien baldío.

La anterior decisión resulta razonable porque con ella se pueden unificar criterios alrededor de la noción de bien baldío, que en muchos casos no es realmente clara y correcta, lo que lleva a que los jueces declaren la prescripción adquisitiva de un bien presuntamente baldío; casos en los que es necesario un protocolo que contenga las reglas formales que deberán orientar los casos en que se analiza la adjudicación de un bien de esta clase.

Respecto de la anterior disposición, realmente no existe ningún reparo u observación por cuanto pese a que se cumplió por fuera de los términos señalados en la orden, se materializó en los cuatro meses siguientes a la promulgación del fallo de tutela, dado que era una obligación que no requería un gran despliegue institucional, a diferencia de las demás órdenes estructurales, como la ya analizada y las dos que se estudiarán a continuación.

III. Tercera orden, informe sobre los bienes baldíos adjudicados irregularmente

La Superintendencia de Notariado y Registro adquirió la obligación de informar, dentro de los dos meses siguientes a la notificación de la sentencia de tutela en estudio, sobre los bienes baldíos adjudicados irregularmente y luego enviar ese informe, dentro del mismo término, al Incoder y a la Fiscalía General de la Nación con la finalidad de que esta última investigara la comisión de presuntos delitos por apropiación ilegal de bienes baldíos de la nación.

Esa orden requiere un análisis y verificación de cada uno de los folios de matrícula inmobiliaria, lo cual implica una labor que

> *"Puede llevarse a cabo en el largo plazo, siempre y cuando la Entidad disponga de un equipo de trabajo conformado por profesionales en derecho, ingenieros catastrales, ingenieros agronómicos e ingenieros de sistemas y técnicos en manejo documental y archivo; equipo que debe estar enfocado, exclusivamente, en las actividades de revisión y evaluación de la información suministrada por la SNR y la interposición y seguimiento de las acciones de tutela en los casos en que sea pertinente" (C. Const., auto 222/2016, M. P.: J. I. Palacio Palacio, p. 16).*

Actividad con la cual no solo se determinarán los posibles terrenos baldíos adjudicados de forma irregular, sino que se identificarán las características más comunes entre las tierras adjudicadas ilegalmente, por ejemplo los puntos geográficos y catastrales en los cuales es más común que se ubiquen esos bienes baldíos, la situación jurídica más predominante de estos y sus características agrológicas.

Lo anterior significa que las seccionales de la Superintendencia de Notariado y Registro ubicadas en los distintos entes territoriales del país tendrían que haber suspendido la prestación de sus servicios y todas las actividades que realizan en razón de sus funciones, para poder cumplirle a la Corte Constitucional en el tiempo dispuesto para ello.

En vista de lo anterior, resultó imposible cumplir con la orden proferida por la Corte Constitucional, lo cual se demuestra con el hecho que solo en octubre de 2015 se obtuvo un aproximado de los predios que se adjudicaron por prescripción adquisitiva de dominio, lo que quiere decir que realmente es una decisión irracional respecto del tiempo en que debía cumplirse, por cuanto implicaba paralizar las actividades de las oficinas de Registro de Instrumentos Públicos para tener a tiempo lo requerido por el alto tribunal constitucional, incluso a riesgo de no completar la información solicitada por la Corte.

De otro lado, no podía recopilarse y luego enviarse una información que no fuera fidedigna y real por cuanto con ella la Fiscalía General de la Nación iniciaría investigaciones penales en contra de aquellos presuntos responsables de adquirir bienes baldíos de forma ilegal, lo cual podía ocasionar que se les impusiera una carga a aquellas personas contra quienes se iniciara una investigación por los hechos mencionados que no estarían en la obligación de soportarla en caso de que no hayan adquirido el predio de manera irregular.

IV. Cuarta orden, recuperación de los bienes baldíos

El Incoder deberá adelantar, dentro de los cinco meses siguientes a la presentación del informe de la quinta orden, los procedimientos de recuperación de los bienes baldíos que de acuerdo con el informe se hubiesen adjudicado a través de procesos irregulares; los avances en esa orden los tendrán que informar a la Procuraduría General de la Nación y a la Contraloría General de la República.

De acuerdo con la respuesta del Incoder, en el cruce de su información y del informe de la tercera orden, rendido por la Superintendencia de Notariado y Registro, existen dos variables que se evidencian en los folios de matrículas: los de falsas tradiciones y folios con declaraciones de mejoras, lo cual dificulta tener claridad sobre cuál es el criterio que se debe tener en cuenta para adelantar los procesos de recuperación.

Lo anterior se agrava porque no existe un plan nacional de clarificación de los bienes baldíos en Colombia, por cuanto al no existir un protocolo que establezca cuáles son los supuestos de hecho y de derecho que permitan diferenciar un terreno baldío de otro, no se podrá utilizar la información entregada por la Superintendencia de Notariado y Registro para recuperar los bienes, dado que se pueden cometer errores que desencadenarían la violación y desconocimiento de derechos fundamentales.

En síntesis, si no existe continuidad entre las actividades institucionales que anteceden el cumplimiento de esta decisión, esta difícilmente podrá materializarse.

Conclusiones

De acuerdo con el análisis de cada una de las órdenes estructurales de la sentencia T-488 de 2014 y de la opinión de la autora de este texto argumentativo, aquellas sí fueron pertinentes para lograr cumplir los objetivos trazados por la Corte Constitucional, que se concentran en darles solución a los problemas jurídicos señalados al comienzo de este trabajo.

Sin embargo, el honorable tribunal constitucional no tuvo en cuenta que todas sus órdenes requerían la cooperación interinstitucional entre entidades del Estado, lo cual hace más dispendioso y difícil su cumplimiento por cuanto muchas de las entidades señaladas en el resuelve de la sentencia T-488 de 2017 debían realizar un despliegue de recursos económicos y talento humano con el cual no contaban para cumplir las órdenes estructurales dentro del menor tiempo posible.

Por lo anterior, sería pertinente la creación de un consejo superior de política constitucional, un organismo colegiado asesor del Gobierno nacional y la Corte Constitucional, para la aplicación de las políticas públicas que se implementen para cada uno de los sectores afectados.

Sería un consejo de la Administración que adoptaría decisiones y recomendaciones, atendiendo a su carácter ejecutor y asesor en materia de políticas públicas ejemplarizantes en cada uno de los ramos del sector central.

En ese entendido, funcionaría al igual que lo hace el Consejo Superior de Política Económica y Social (Conpes), el Consejo Superior de Comercio Exterior y el Consejo Nacional de Educación, entre otros. Es decir, similar a los consejos superiores de la administración, que encuentran su sustento normativo en la Ley 19 de 1958, el Decreto Ley 550 de 1960 y la Reforma Administrativa de 1968.

El Consejo Superior de Política Constitucional será un organismo consultivo o coordinador que hará parte de la Administración central para hacerles seguimiento a las políticas públicas implementadas con ocasión de los fallos estructurales que profiera la Corte Constitucional por las violaciones sistemáticas y constantes a las garantías y los derechos fundamentales.

Este consejo funcionará, de acuerdo con el artículo 37 del capítulo vii del Decreto Ley 550 de 1960, con carácter permanente, siempre y cuando se mantenga vigente una de las políticas públicas creadas con ocasión de las órdenes del alto tribunal constitucional. El nuevo organismo no estará adscrito a ningún ministerio o departamento administrativo, pese a lo consagrado por el parágrafo 2 del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, toda vez que dada su misión especial –el seguimiento a las políticas públicas creadas con ocasión de los fallos estructurales de la Corte Constitucional–, este no guarda relación con ningún ministerio o departamento y por su importancia deberá ser presidido por el presidente de la república de Colombia, al igual que sucede con el ya mencionado Consejo Superior de Política Económica y Social.

El Gobierno será el encargado de reglamentar las funciones y actividades del Consejo Superior de Política Constitucional a través de la expedición de un decreto.

En ese decreto quedará contenido que dicho consejo tiene la función de regular, coordinar, asesorar y dirigir la formación de las políticas públicas que con ocasión de los fallos estructurales, proferidos por la Corte Constitucional, deban ser implementadas.

Adicionalmente, podrán proferir decisiones que afecten directamente a las entidades estatales, siempre y cuando las directrices que se impongan estén dentro de las funciones que ellas deban cumplir por ley.

En ese orden de ideas, no solamente deberán hacerles seguimiento a las políticas públicas implementadas, sino que podrán tomar decisiones en aquellos casos en los que las órdenes complejas proferidas por la Corte Constitucional no sean acatadas por las entidades estatales competentes de atenderlas.

Finalmente, se puede concluir que la decisión fue pertinente en cuanto al diseño estructural de las posibles soluciones al problema identificado, pero no fue razonable respecto del tiempo en que debían ser cumplidas, toda vez que resultaron estar alejadas de la realidad institucional colombiana, por lo que se hace necesario la creación del consejo superior mencionado.

Referencias bibliográficas

- Congreso de la República de Colombia (1873, mayo 31). Ley 84 de 1873. Código Civil. Diario Oficial 2867. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html.
- Corte Constitucional, República de Colombia (2014, julio 9). Sentencia T-488 de 2014. M. P.: J. I. Palacio Palacio. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/T-488-14.htm.
- Corte Constitucional, República de Colombia (2016, mayo 23). Auto 222 de 2016. M. P.: J. I. Palacio Palacio. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2016/a222-16.htm.
- Corte Constitucional, República de Colombia (2017, febrero 7). Auto 040 de 2017. M. P.: J. I. Palacio Palacio. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2017/a040-17.htm.
- Corte Constitucional, República de Colombia. (2017, junio 27). Sentencia T-407 de 2017. M. P.: I. H. Escrucería Mayolo. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2017/T-407-17.rtf.

La reparación judicial en el Sistema Penal Acusatorio colombiano, principio sin principio

INVESTIGACIÓN

Recibido: 21 V 2018; Aceptado: 29 V 2018

"El mundo no puede ser cambiado si no cambiamos nuestra forma de pensar".
(*Albert Einstein*[1])

AUTORES: MIGUEL ÁLVAREZ-CORREA G.[2]
SANDRA PATRICIA PARRA D.[3]

Resumen

El presente artículo hace una breve revisión conceptual de la justicia restaurativa, contrastándola con la justicia retributiva.

Posteriormente aporta un diagnóstico sobre la reparación judicial en el marco del Sistema Penal Acusatorio, el cual se realizó en cuatro ciudades capitales de Colombia, apoyando el análisis y el debate en los datos recogidos y en los planteamientos de jueces, fiscales y defensores que operan en esta jurisdicción. Se establece que la materialización de este tipo de justicia ha sido de difícil aplicación y que la información para su evaluación resulta prácticamente inexistente.

Palabras claves

Justicia restaurativa, víctimas, incidente de reparación, conciliación preprocesal.

Colombia tiene una larga trayectoria cultural[4] con respecto a la justicia retributiva, caracterizada como "el que las hace las paga". Esta a menudo se traduce, en el día a día, en la convicción del ciudadano de a pie de que los delitos, las ofensas, "deben cobrarse", lo cual en la práctica se traduce en esperar de la justicia largas penas para los victimarios y en ciertos casos aplicar castigo por mano propia. No obstante, ¿cómo ello se traduce en el ámbito judicial?

Para nadie es un secreto que el sistema de justicia colombiano en su versión penal arroja una impunidad que oscila entre 80 y 99 %[5] según las fuentes consultadas, el delito cometido o la definición del concepto y, por ende, de acuerdo con la forma como se estima

---

[1] Físico alemán de origen judío (1879-1955) nacionalizado después suizo, austriaco y estadounidense. Es considerado el científico más conocido y popular del siglo xx.

[2] Antropólogo con estudios en Derecho de la Universidad de los Andes, minor's en Economía y Derecho del mismo ente académico, especializado en Derecho de Menores de la Universidad Externado de Colombia, máster en Psicología de la AIU. Actualmente, en el IEMP, es coordinador del Observatorio del Sistema Penal Acusatorio y del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, así como del grupo de investigación Justicia Formal y Justicia Comunitaria y coordinador y tallerista de la sanción de amonestación en el marco de la Ley 1098/2006 del 2007 a la fecha. Ha publicado cincuenta libros sobre temáticas de infancia, justicia en equidad, Sistema Penal Acusatorio, justicia transicional, sistema de responsabilidad penal para adolescentes, reubicación rural, minería, delitos ambientales, delitos sexuales, homicidio, tribus urbanas, conflicto armado, sustancias psicoactivas, entre otros, y artículos en revistas científicas. Docente universitario. Correo electrónico: c.miguel.a@gmail.com

[3] Psicóloga egresada de la Universidad Católica de Colombia con especialización en Investigación Criminal de la Escuela General Santander y maestría en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Investigadora del Instituto de Estudios del Ministerio Público. Docente universitaria e investigadora del IEMP. Coautora de varias publicaciones e integrante del grupo de investigación Justicia Formal y Justicia Comunitaria. Correo electrónico: sandrapparra@gmail.com

[4] Complejo que incluye el conocimiento, el arte, las creencias, la ley, la moral, las costumbres y todos los hábitos y habilidades de una sociedad.

[5] Esta se ha sostenido en ese rango en el transcurso de los últimos diez años.

(Barreto L.H., Rivera S., 2009; Álvarez-Correa, M. *et al*., 2012, 2014; Dávila A., 2012). Esta elevada incidencia no hace sino acrecentar la frustración de la población y su desconfianza para con la institucionalidad, sentimiento que repercute negativamente sobre la reparación judicial.

La impunidad se ha entendido tradicionalmente como un problema de gestión del sistema penal, y las soluciones se han dirigido a mejorar la eficiencia del sistema. No obstante, algunos la visualizan no como un problema en sí mismo, sino como el síntoma de una dificultad mayor que tiene la sociedad colombiana: la conflictividad social (Barreto L.H., Rivera S., 2009).

El carácter reactivo del Estado ante el crimen y el delito, la implementación de pocas labores preventivas del delito y la desarticulación entre la política criminal y la política social han privilegiado las dinámicas punitivas como el principal instrumento para enfrentar la conflictividad social.

Ello habría traído un efecto contraproducente en la medida en que la pena no necesariamente disuade al delito ni la cárcel resocializa al recluso. De ahí que, aunque se haya realizado desde el año 2004 una transición desde un sistema de justicia penal inquisitivo[6] a uno oral acusatorio[7], el síntoma de impunidad se mantiene e inclusive se ha incrementado en ciertos delitos (Álvarez-Correa M. et al., 2009).

Así mismo, el balance de los dieciséis años de vigencia de la Ley 599/2000 (Código Penal colombiano), que se cumplieron en el primer trimestre de 2016, destaca el elevado número de reformas penales (53 leyes ordinarias), que han tenido un impacto significativo en su eficacia y en su eficiencia, así como en el elevado número de personas privadas de la libertad[8] (Cita y González, 2016). Estas han sido impulsadas con la pretensión de reducir por ese medio la impunidad, pretendiendo por medio de penas drásticas reducir la criminalidad.

En otras palabras, el sistema ha premiado el incremento de la pena, con una ausencia casi total de procesos de resocialización, acompañando de este modo la convicción popular según la cual el

INVESTIGACIÓN

Résumé

Cet article fait un examen conceptuel de la justice réparatrice, en contraste avec la justice rétributive.

Par la suite, il fournit un diagnostic de réparation judiciaire dans le cadre du système pénal accusatoire, qui a été réalisé dans quatre villes capitales de la Colombie, soutenant l'analyse et le débat, dans les données recueillies, et dans les approches des juges, procureurs et défenseurs qui opèrent dans cette juridiction. Il est établi que la matérialisation de ce type de justice a été difficile à appliquer, et que l'information pour son évaluation est pratiquement inexistante.

Mots clés

Justice réparatrice, victimes, incident de réparation, conciliation pré-procédurale.

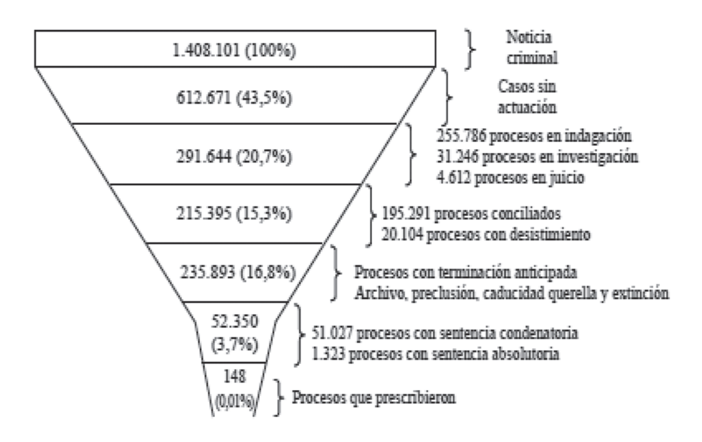
[6] El juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas; se llega a un juicio después de una instrucción escrita y secreta en la que el principio de contradicción está limitado.

[7] El juez es un sujeto separado de las partes que emite sus decisiones según su libre convicción. El juicio, contradictorio, oral y público, es una contienda entre iguales que se inicia con la acusación.

[8] Ejemplos de lo anterior lo conforman el tope máximo permitido para las penas de prisión y la jerarquización de la protección de bienes jurídico-penales. Sin embargo –al menos desde la norma–, la pena tiene una función protectora y preventiva, siendo su fin fundamental la resocialización. El tratamiento penitenciario tiene la finalidad de alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario (Ley 65 de 1993, por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario. *Diario Oficial* 40999, 20 de agosto de 1993).

"castigo" es lo que debe imperar, aunque su sustento se fundamente en distintos factores.

Ejemplo de medición de la impunidad



Fuente: Barreto L.H., Rivera S., 2009:37.[9]

Comentarios. Por medio de un análisis puntual relacionado con la evolución de cada uno de los denuncios interpuestos ante la jurisdicción penal, a cinco años del inicio del Sistema Penal Acusatorio colombiano, Barreto y Riv era buscan ilustrar la baja proporción de situaciones que llegan a un fallo condenatorio o absolutorio (3,7 %), y de los casos con respecto a los cuales ni siquiera ha habido alguna actuación (43,5 %).

Relación de procesos archivados y de fallos (condenatorios y absolutorios) en Caivas, período 2011 – 2012

Ciudades – CAIVAS	2011 (%) Frente al total de procesos en el año		2012 (%) Frente al total de procesos en el año	
	(%) de procesos archivados	(%) de fallos condenatorios y absolutorios	(%) de procesos archivados	(%) de fallos condenatorios y absolutorios
Medellín	3.04	2.42	1,65	1,10
Leticia	4.66	14.78	2,74	2,74
Barranquilla	NO REPORTA	0.19 (*)	5,30	0,61
Cartagena	29.72	3.78 (*)	S.D.	S.D.
Tunja	40.73	4.05	12,84	3,89
Manizales	29.05	NO REPORTA	40,78	NO REPORTA
Florencia	66.97	5.28	9,78	0
Yopal	1.4	2.74 (*)	8,51	10,11
Popayán	21.14	1.91	5,63	0
Valledupar	8.35	NO REPORTA	NO REPORTA	0
Montería	11	1	NO REPORTA	NO REPORTA
Bogotá	38.66	4.68	83,33	9,33
Soacha	4.30	1.56	9,94	2,80
Neiva	36.45	3.9	NO REPORTA	NO REPORTA
Santa Marta	45.08	4.74	21,61	4,24
Villavicencio	81.47	8.10	8	0,44
Pasto	21.68	2.79	16,64	3,44
Cúcuta	53.73	12.8	44,67	11
Quibdó	26	15.16	S.D	S.D
Riohacha	21.03	1.72 (*)	4,60	0

Fuente: Álvarez-Correa M., Bocanegra D., Parra S. 2014:20-21.

Comentarios. Mientras el estudio de Barreto L.H. y Rivera busca establecer, para la fecha de la realización del estudio, el estado de evolución de los denuncios frente a los delitos cometidos, sin distinción alguna, el presente estudio (Álvarez-Correa M., Bocanegra D., Parra S.) se centra específicamente en los delitos sexuales, procurando determinar las diferencias vigentes por departamentos. Se evidencia un alto promedio de procesos archivados sin debida justificación (21,03 %) y nuevamente una alta impunidad (5,51 %).

Relación de procesos archivados y de fallos (condenatorios y absolutorios) en Caivas, período 2011 – 2012

Ciudades – CAIVAS	2011 (%) Frente al total de procesos en el año		2012 (%) Frente al total de procesos en el año	
	(%) de procesos archivados	(%) de fallos condenatorios y absolutorios	(%) de procesos archivados	(%) de fallos condenatorios y absolutorios
Bucaramanga	7.4	7.52	S.D	S.D
Cali	72.36	6.6	83,56	6,29
Cartago	NO REPORTA	2.48 (*)	NO REPORTA	NO REPORTA
Palmira	38.19	15.97	S.D	S.D
Pereira	NO REPORTA	0.79	24,81	5,09
Arauca	NO REPORTA	2.56 (*)	S.D	S.D
Armenia	30.27	5.09	8,55	4,28
Ibagué	28.44	3.73 (*)	76,98	17,39
Promedios totales	30.05	5.24	24,73	5,51

*) No reporta los fallos absolutorios, de ahí que se contemplaron tan solo los condenatorios.

Fuente: Álvarez-Correa M., Bocanegra D., Parra S. 2014:20-21.

Aunque la siguiente afirmación puede parecer evidente, no puede darse una reparación judicial sin fallo judicial. Al disponer de una radiografía institucional que evidencia un bajo índice de resolución de los denuncios judiciales, ello forzosamente conlleva pocas víctimas resarcidas.

Ya se evidenció que el cambio de modelo no ha sido particularmente favorable a la eficiencia y a la eficacia del sistema. No obstante, antes de ahondar con mayor profundidad la actual realidad de la reparación judicial, resulta relevante hacer algunas aclaraciones conceptuales y metodológicas.

¿Cambios?

En contraposición al planteamiento retributivo, se encuentran el paradigma de la justicia restaurativa[10] y el incidente de reparación, los que –en teoría– tienen en cuenta los factores individuales, la conducta punible y las circunstancias del ofensor, y se enfatiza en la reparación del daño causado y en la restauración de los vínculos sociales.

---

[9] De 1.408.101 casos conocidos por la Fiscalía (2009), solamente ha habido sentencias en 52.350, impunidad del 96,3 %.

[10] En el X Congreso de las Naciones Unidas sobre la prevención del delito y el tratamiento al delincuente, llevado a cabo en el 2000, se discutió el tema y se generó agenda de trabajo.





Fuente: Elaboración propia.

En este sentido, se plantea que este tipo de justicia propugna un modelo que se visualiza como una propuesta alternativa al sistema tradicional, es decir, al "esquema jurídico-punitivo", aplicable en condiciones normales a fenómenos delictivos ordinarios.

> *Busca entonces que "las necesidades de las víctimas y el restablecimiento de la paz social se constituyen en las finalidades básicas que debe tener la respuesta al crimen". Desde esta perspectiva, lo importante es "reconocer el sufrimiento ocasionado a la víctima, repararle el daño que le fue ocasionado y restaurarla en su dignidad, más que castigar al responsable, a quien debe intentar reincorporarse a la comunidad a fin de restablecer los lazos sociales"* (Brownlie, 2003:444).

La Ley 906 de 2004, que ampara el Sistema Procesal Penal con tendencia acusatoria, representó, no obstante, al menos desde una perspectiva teórica, un cambio en la definición del concepto de víctima, en sus derechos en el proceso y en la forma de hacer valer aquellos.

> *"Esta Ley ingresa bajo el término genérico de víctima, tanto a la víctima –propiamente dicha– titular del bien jurídico a quien se le causa un perjuicio derivado de la infracción penal porque es victimizada directa o indirectamente o como el perjudicado, (…). (…) refiere como víctimas a las personas que por haber padecido un daño real y concreto tienen derecho a intervenir en la actuación penal con miras a la tutela de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación"* (Avellaneda L.M., Arguello L.M., 2010).

A través del cambio normativo se le dio entonces un mayor reconocimiento a la víctima; un reflejo de ello se traduce en que en la actualidad no se le exige la demanda como forma para ingresar al proceso penal.

Así las cosas, el incidente de reparación integral[11] pretende garantizarles verdad, justicia y reparación[12] a los ofendidos. Acorde con ello, la víctima puede hoy día optar por reclamar por estos derechos en el curso del escenario procesal[13], expresando, por medio de su representante, cuáles son los daños, y presentando las respectivas pruebas para demostrar los efectos de los hechos victimizantes. El juez examina la pretensión, la cual al ser admitida ofrece la posibilidad de una conciliación, que de prosperar le da fin al incidente[14].

Se conceden entonces a las partes implicadas oportunidades para que haciendo uso de los mecanismos de la justicia restaurativa[15] se obtenga

---

[11] *"Trámite del incidente de reparación integral. Iniciada la audiencia el incidente formulará oralmente su pretensión en contra del declarado penalmente responsable, con expresión concreta de la forma de reparación integral a la que aspira e indicación de las pruebas que hará valer"* (Ley 906/2004: art. 103, inciso 1.º).

[12] Antes de la sentencia C-228 de 2002 de la Corte Constitucional, los intereses y derechos se limitaban procesalmente por la fase del sumario, limitando su actuar en la fase instrucción, a partir de la apertura de investigación, siendo la actuación de la víctima residual en la medida en que solo podía hacerlo mediante abogado o apoderado y era limitada al interés pecuniario.

[13] Siempre que se trate de víctima o de "perjudicado" se habla de haberse generado un daño real, no una expresión genérica o potencial, como lo exige la Corte Suprema en el sumario radicado 36513 de 06 de julio de 2011.

[14] En caso contrario, el juez fijará fecha para una nueva audiencia dentro de los ocho (8) días siguientes para intentar nuevamente la conciliación; de no lograrse, el declarado penalmente responsable deberá ofrecer sus propios medios de prueba. Lo acordado en el incidente se incorporará a la sentencia.

[15] *"La ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa"*. El legislador reguló en el libro VI de la Ley 906 de 2004 (arts. 518 a 527) la materia relativa a la justicia restaurativa definiéndola como aquel proceso en que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente y de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito. Su objetivo es buscar un resultado restaurativo. Dicho proceso se puede adelantar con o sin la participación de un facilitador (cfr. art. 518). De esta manera, el artículo 519 CPP reglamenta la Justicia Restaurativa; el 520 fija las condiciones para la remisión a los programas de justicia restaurativa; el 521 determina los mecanismos de funcionamiento de la justicia restaurativa y el 522 define el rol de la conciliación en la justicia restaurativa.

un acuerdo que evite el desgaste de la administración y de los intervinientes en el trámite propio del incidente de reparación integral.

No obstante, aunque no se presenten en los estrados judiciales, es también de anotar que resulta factible impulsar actos enmarcadas en la justicia restaurativa con posterioridad, siempre y cuando así lo deseen las partes en conflicto.

> *"Se entenderá por programa de justicia restaurativa todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador" (CPP, art. 518).*

Propósitos

Consciente de la importancia de la implementación de la reparación en el proceso penal (Ley 906/2004), a manera de desagravio por el daño causado, se hizo evidente la necesidad de iniciar una investigación exploratoria que documente sus dinámicas cuantitativas y cualitativas en pro de propugnar a corto o mediano plazo, un debate propositivo.

En ese orden de ideas, el presente texto, en su condición de adelanto de investigación, conforma un primer paso exploratorio en ese sentido. Sus fines fueron filtrar algunas de las dificultades que afectan el desarrollo del incidente de reparación integral, establecer los delitos en los cuales se presenta con mayor frecuencia, establecer un estimativo de las proporciones en las cuales se presenta la reparación judicial y otros aspectos cualitativos asociados a sus dinámicas.

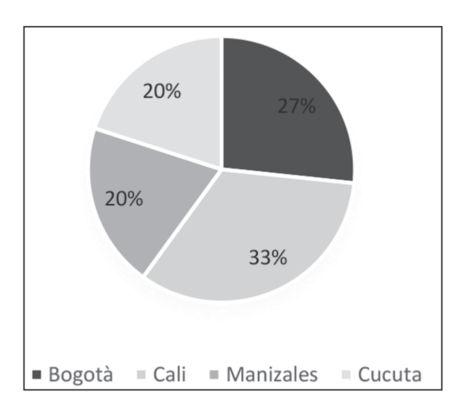
Considerando que a la fecha no existen registros sistemáticos por parte de ninguna de las instituciones judiciales sobre el IRI[16] –y que aquellos hallados suelen ser contradictorios entre sí–, los datos aportados en el presente documento conforman un intento de aproximación referidos a lo acontecido en materia de reparación en los años 2015 y 2016 en las zonas escogidas; los vacíos informativos hallados en el desarrollo del proyecto son los responsables en la reducción de las metas inicialmente proyectadas, confirmando la necesidad de un ajuste en ese aspecto por parte de las autoridades competentes.

Se abordó una muestra probabilística de los juzgados penales de circuito en cada una de las ciudades escogidas[17] –Cali (Valle del Cauca), Bogotá (D. C.), Manizales (Caldas) y Cúcuta (Norte de Santander)–, pertenecientes a los distritos judiciales con los mismos nombres. En estos se realizaron entrevistas en profundidad a los operadores judiciales con especial énfasis en los respectivos jueces sobre su experiencia y ejercicio en esa materia, con remisión a los procesos referidos por estos en los cuales se presentaron reparaciones o asistiendo a las audiencias de reparación que hubiesen sido programadas.

[16] Incidente de reparación integral.

[17] Capitales departamentales.

Distribución de la muestra empleada por ciudades - Proyecto reparación judicial



Fuente: Elaboración propia.

Los resultados obtenidos conforman en sí una alerta sobre la necesidad de evidenciar una realidad descuidada por el Estado, la cual requiere en el futuro nuevos procesos de indagación que faciliten la toma de decisiones en el marco de la política pública criminal.

Algún referente sobre justicia restaurativa

De acuerdo con lo planteado por Márquez (2007), la justicia restaurativa surgió en la década de los setenta como una forma de mediación entre víctimas y agresores, y en la década de los noventa amplió su alcance para incluir también a las comunidades de apoyo, con la participación de familiares y amigos de las víctimas y los infractores, en procedimientos de colaboración denominados *"reuniones de restauración"* y *"círculos"*.

A este tipo de justicia se le denomina de diversas maneras: justicia conciliadora, reparadora o restitutiva; pero existe consenso en preferir llamarla restaurativa o restauradora, principalmente porque busca, al fin y al cabo, restablecer el vínculo social quebrado por el acto transgresor de la ley. Hasta cierto punto, conforma

un esfuerzo por llegar a una situación similar a la que se tenía antes de la vulneración de la ley, antes de afectar a la víctima y a la comunidad.

Considerando que este modelo de atención se sustenta en la denominada "justicia restaurativa", se hace necesario abordar los temas centrales que le dan el sello de distinción. De acuerdo con Gaviria (2007), este tipo de justicia demanda un proceso restaurativo, entendido como todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualquier otra persona o miembro de la comunidad afectado por un delito participen conjuntamente en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador.

Como resultado de este proceso se presenta el acuerdo alcanzado, que puede incluir respuestas y programas, como la reparación, la restitución, el servicio comunitario, encaminados a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la integración de la víctima y del delincuente.

Es de anotar que los procesos restaurativos deben utilizarse únicamente cuando hay pruebas suficientes para inculpar al delincuente y con consentimiento libre y voluntario de la víctima y del autor. También, los acuerdos alcanzados deben contener obligaciones razonables y proporcionadas con el daño causado; su incumplimiento no se puede utilizar como fundamento para condenar o agravar la pena.

El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas hizo un pronunciamiento donde estableció los principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal y promovió la reunión de expertos para abordar dicho tema, de donde emanaron los siguientes principios básicos:

- La justicia restaurativa es un mecanismo complementario a las prácticas establecidas en el ámbito penal.
- Es importante contar con un instrumento internacional que sirva de pauta a la aplicación de la medida.
- Jurídicamente se están reexaminando la condición jurídica y el papel de las víctimas.

En este orden de ideas, dentro del modelo restaurativo, las medidas restaurativas abarcan la mediación-reparación, razón por la cual se afirma que sus fuentes están en el movimiento de atención a las víctimas, y en las teorías abolicionistas en materia penal se plantean diversas formas de resolver el conflicto mediante mediación-reparación penal. Entre ellas se encuentran

- El sobreseimiento del proceso por la aplicación del principio de oportunidad acompañado de una conciliación.
- La concreción de acuerdos reparatorios que le ponen término.
- Las acciones de esta índole determinadas como sanciones independientes.
- Las acciones complementarias de una pena de prisión, entre otras opciones posibles.



Fuente: Elaboración propia.

Se puede establecer que la modalidad de mediación-reparación más utilizada en este ámbito es la conciliación, la cual implica un encuentro entre el infractor y la víctima, con la voluntariedad de las dos partes y la actuación de un profesional mediador.

De acuerdo con Márquez (s. f.), la justicia restaurativa presenta como modalidades más utilizadas los siguientes aspectos cuando se trata de resolución de conflictos:

- La reparación del daño. Consiste en la realización de actividades para reparar el daño causado a la víctima. Algunas prestaciones pueden situarse

al margen de la reparación directa o indirecta, cuando se trata de tareas simbólicas.
- Los servicios en beneficio de la comunidad.

Es de precisar que se busca, sobre todo, la reparación simbólica, esto es, la restauración de los lazos comunitarios víctima-ofensor-comunidad. Sin embargo, en la realidad estas prácticas no son divulgadas por los abogados y en ocasiones la reparación material salida de proporciones es lo que prima en este momento del proceso. Al respecto es importante mencionar que con menor frecuencia se presentan peticiones como pedir perdón, realizar un acto litúrgico para la víctima o explicar la razón de los actos realizados.

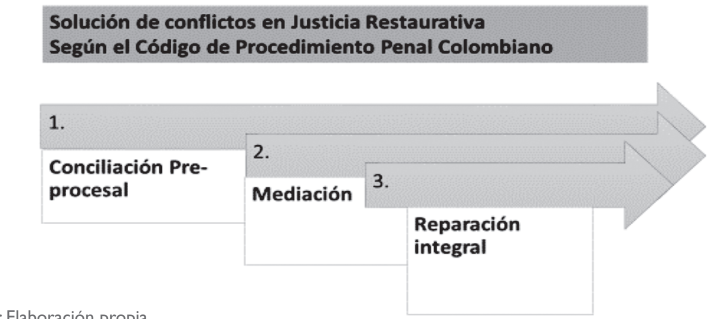
En este sentido, las medidas de reparación no pecuniarias pueden resumirse en tres: actos de reconocimiento de responsabilidad y disculpa del Estado, castigo a los autores individuales de la violación y adopción de medidas tendientes a evitar la repetición de los hechos (Brownlie, 2003).

¿Qué hay del IRI?

Se estima que en menos del 8 % de los procesos fallados[18] (5 % del total, producto de una impunidad promedio del 95 %) se presenta un incidente de reparación. Dicha medida de por sí reduce sustancialmente los alcances reales del IRI.

"Las limitaciones económicas de los infractores limitan considerablemente la posibilidad de una reparación económica, que es la que más comúnmente se reclama; a ello se le suma los reos ausentes, el deseo común por parte de las víctimas de limitar sus peticiones al castigo para su agresor, variable en la cual se observan distintas posiciones según el delito, siendo esta más obvia en los delitos sexuales" (juez de circuito).

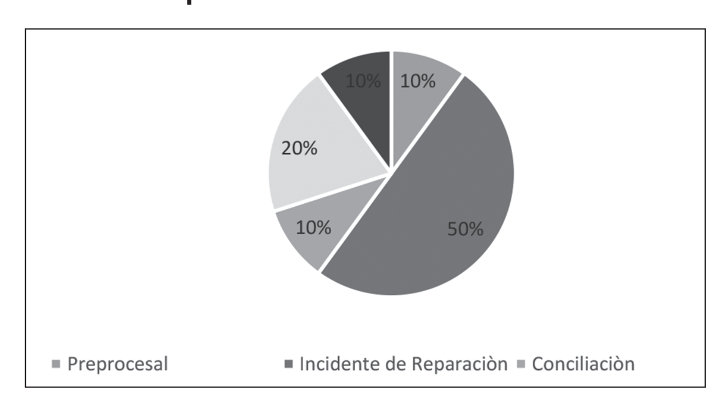
Con respecto a la totalidad de los casos "reparados" analizados, el 50 % se presentaron por medio del incidente de reparación, lo cual lo convierte en el más utilizado y en el que mayor "confianza" tiene la población, aunque, contradictoriamente, no es forzosamente aquel que mayores resarcimientos brinda. Le siguieron los acuerdos (20 %), el principio de oportunidad (10 %), la conciliación preprocesal (10 %) y la conciliación (10 %), por medio de los cuales se procura generar un ahorro procesal y recomponer a las víctimas. Sin embargo, es de considerar que se desconoce la proporción real de cumplimiento de estos acuerdos recomponedores, los que deberían ser objeto de futuras investigaciones, ya que se observaron múltiples incumplimientos en el proceso de revisión desarrollado.



Fuente: Elaboración propia.

Las tres alternativas de menor participación remiten en su mayoría a causas leves o a las impulsadas con antelación de la imposición del fallo. Se evidencia que, pese a lo esperado, algunos delitos graves[19] –como el homicidio– hacen parte de aquellos que más se reparan (23 %)20, hallado dicho hecho presuntamente en "la misma gravedad de este", encontrándose, sin embargo, evidencias entre lo acordado y lo efectivamente ejecutado[21].

Aplicación de la reparación dentro del Sistema Penal Acusatorio



Fuente: Elaboración propia.

[18] Recuérdese que en este porcentaje también se incluyen los fallos absolutorios, que, si bien no son numerosos, restan.

[19] Aquellos que epidemiológicamente son considerados como tales y que gozan típicamente de una pena elevada, superior a los diez años.

[20] Estos delitos son numéricamente muy inferior

[21] En ciertos casos, los abogados de la defensa buscan alargar el procedimiento, pretendiendo con ello evitar una hipotética reparación. En caso de incumplimiento del acuerdo de reparación, existe la posibilidad de remitirla a la jurisdicción civil; no obstante, ello prácticamente nunca sucede.

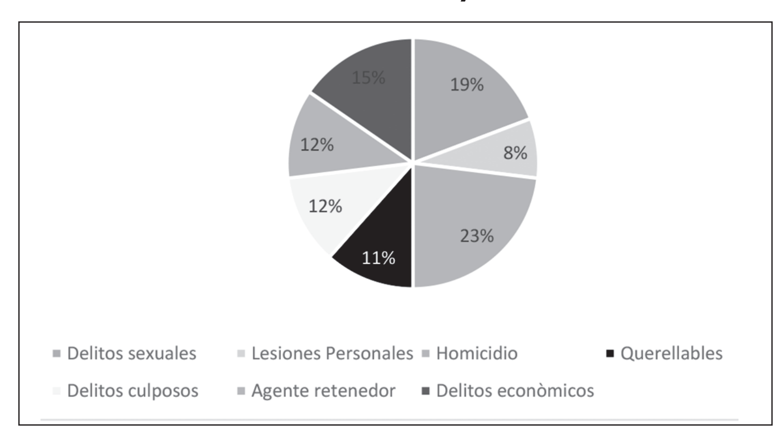
Los delitos sexuales (19 %) y los delitos contra el patrimonio económico (15 %) conforman las expresiones delictuales que siguen en la escala de atención; posteriormente están los delitos culposos (12 %), los agentes retenedores[22] (12 %), los delitos querellables (11 %) y las lesiones personales (8 %), conforman de este modo el abanico de las infracciones que más se "reparan". Se evidencia que –proporcionalmente– aquellos de menor factura son los que menos reciben recomposición, pese a su mayor facilidad de realización.

Tipo de delitos imputados o condenados versus presos en el marco de la Ley 906/2004

Datos ilustrativos que remiten la proporción de presos condenados por delitos en algunos de los 130 ERON (INPEC, 2016): homicidio 15%; hurto 15%; tráfico, fabricación o porte de estupefacientes 13%; fabricación, tráfico y porte de armas de fuego y municiones 13%; concierto para delinquir 8%; actos sexuales con menor de 14 años 3%, acceso carnal abusivo 2%; extorsión 2%.

Más allá de la posible generación de una reparación material, ocasionalmente las partes agresoras se "disculpan", a menudo sin mayor convicción, pretendiendo evitar a toda costa un pago monetario, declarándose económicamente insolventes, que no siempre refleja la realidad.

Delitos con mayores incidentes de reparación en el marco de la Ley 906/2004



Fuente: Elaboración propia.

¿Cuáles son entonces, desde el ámbito judicial, las limitaciones que se observaron para el ejercicio efectivo de la reparación?

El desconocimiento (24 %) de las víctimas del sistema de justicia puntúa, aunque –a manera de hipótesis– en un mayor muestreo debería arrojar un monto superior al obtenido; sobresalen indudablemente el desconocimiento de la comunidad sobre el ABC del sistema legal, así como la insuficiente información que los distintos operadores judiciales les brindan a los actores sobre el particular.

"Algunos pocos jueces procuran ser pedagógico con las víctimas, pero estos conforman la minoría; inclusive entre mis mismos compañeros, muchos tampoco no lo hacen. A eso súmele el constante aplazamiento de las audiencias, lo cual agota a las partes, y las lleva inclusive a desistir. (…) la gente del pueblo ignora todo aquello de la justicia, y llega solamente a medio enterarse cuando por dificultades que les surgen acudir ante un juzgado" (defensor público).

Le sigue el ocultamiento de bienes (19 %), reflejando una situación que anteriormente se mencionaba, en el que el victimario, tanto culposo como doloso, si bien puede llegar a reconocer su responsabilidad en cuanto a la comisión del delito per se, se declara a menudo impedido para cumplir con sus obligaciones frente a la reparación.

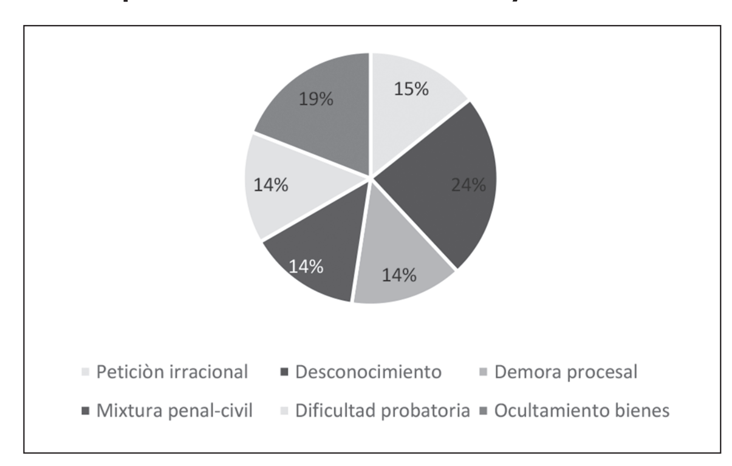
Las siguientes plazas encontradas las tienen las peticiones irracionales (15 %), por medio de las cuales las partes afectadas realizan peticiones exorbitantes y fuera del alcance de cualquier posible cumplimiento para la mayoría de los victimarios:

"*(…) por daño moral por haber golpeado a su madre causándole 35 días de incapacidad médica forense, se estima que la reparación económica debe ser de $500.000.000"* (defensor de víctimas).

También están las dificultades probatorias (14 %), que frecuentemente imposibilitan probar el real alcance del daño causado –en particular con respecto a las afectaciones inmateriales– y las demoras procesales (14 %), que dilatan innecesariamente las causas, logran en ocasiones el desistimiento de las partes afectadas y los manejos procesales civiles y penales que se presentan de manera paralela (14 %).

[22] Son empresas fiscales, semifiscales u organismos fiscales, personas jurídicas en general, personas naturales que ganen rentas de la primera categoría.

Dificultades judiciales que se presentan en la aplicación de la reparación en el marco de la Ley 906/2004



Fuente: Elaboración propia.

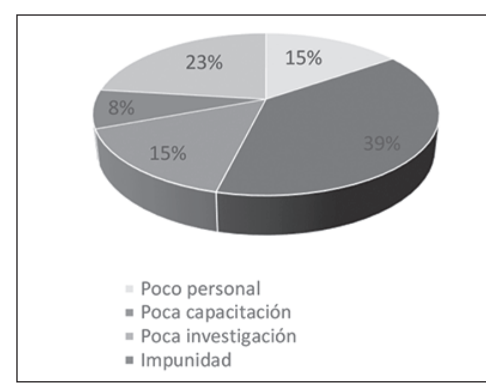
Desde un ámbito más genérico, ¿qué otras causas podrían estar involucradas con el bajo índice de actos reparativos judiciales en beneficio de las víctimas?

La falta de capacitación de los operadores (39 %) conforma un importante factor para la no aplicación de la reparación o un ejercicio defectuoso de esta tanto en su forma como en su fondo. Le siguen, de manera combinada, el insuficiente personal y la falta de capacitación (23 %), lo que aumenta la participación de los vacíos formativos sobre el tema de nuestro interés.

A renglón seguido están el poco personal (15 %) disponible en las instancias judiciales para el cúmulo de labores que allí se implementan y las insuficientes investigaciones (15 %) que se desarrollan para establecer los daños reales causados y la solvencia económica de los condenados.

Finalmente, la impunidad: curiosamente se manifiesta en el último lugar de las motivaciones, con un preocupante 8 %, dando a entender que tanto para víctimas, victimarios, como para los actores judiciales, no conforma un factor correlacionado con una reparación ausente o deficiente.

Dificultades genéricas existentes en la aplicación de la justicia restaurativa en el marco del Sistema Penal Acusatorio

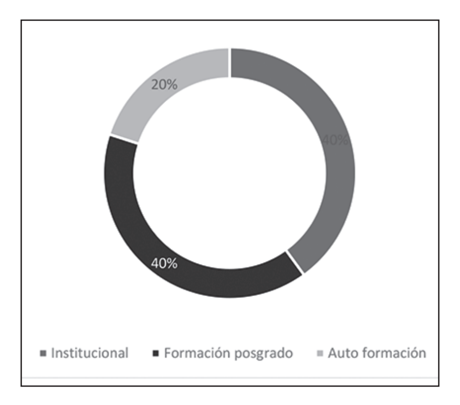


Fuente: Elaboración propia.

Así que, más allá de las proporciones en las cuales se dan las reparaciones, y más concretamente en relación con aquellas que remiten a la aplicación del IRI, queda en el aire una inquietud de relevancia: ¿qué tanto saben nuestros operadores judiciales sobre reparación?, o mejor, ¿qué tanta capacitación estos han recibido sobre el particular?

Tan solo el 38 % afirma haber recibido algún tipo de formación sobre ello, pudiendo esta, en algunos casos, no sobrepasar un taller de media mañana o remitir a estudios de mayor profundidad.

Modo de adquisición de la capacitación en justicia restaurativa en el marco del Sistema Penal Acusatorio



Fuente: Elaboración propia.

Por lo pronto, cerca de la mitad (40%) de los operadores adquirieron la formación en reparación por medio de estudios de posgrado, el 20 % lo hicieron de manera autodidacta y tan solo en un 40 % de los casos se dio con el apoyo de las instituciones, sin importar la extensión o la idoneidad de sus contenidos.

Algunas reflexiones

A modo de cierre, y lejos de agotar el tema, más que "concluir" se considera importante generar nuevas

preguntas o inquietudes que aporten al debate y a la implementación de futuros proyectos.

En ese orden de ideas, un primer punto que se debe creer de interés remite a la referida “conflictividad social”, mencionada en el principio como una de las posibles causas motivadoras de un sistema penal defectuoso por sus bajos niveles de eficacia y de eficiencia. El concepto es interesante; no obstante, la convalidación de dicha propuesta requeriría el desarrollo de estudios comparativos con otras naciones con el fin de poder establecer si esta conforma o no una característica influyente en el Sistema Penal Acusatorio colombiano.

Un segundo aspecto globalizante debería ser el conjunto de factores encontrados que entorpecen el sistema frente a la reparación, así como los demás elementos que puedan surgir y que no se hayan visualizado.

La meta aquí sería realizar un análisis integral sistémico práctico-conceptual, retomando en primera instancia la totalidad de los elementos conocidos que son influyentes en la problemática de nuestro interés de modo interdependiente, y en segunda instancia promover un análisis individual. En otras palabras, y a título de ejemplo, ¿podríamos considerar la “falta de formación en reparación judicial y en justicia restaurativa” como un factor preponderante?

Al lograr un óptimo porcentaje de conocimientos para la totalidad de los operadores judiciales de la jurisdicción penal sobre los distintos aspectos del sistema, ¿garantizaría ello una mejor reparación para las víctimas? Aquí vendría un tercer factor para considerar: la comunidad, es decir, los potenciales victimarios y las potenciales víctimas y sus respectivos familiares, amigos y conocidos, así como los demás integrantes de la sociedad. ¿Cuál podría ser su participación en el caos judicial reparativo? La falta de conocimiento representa un elemento ya mencionado; no obstante, no todas las personas violentadas desean ser reparadas.

De tal manera, el cálculo aquí presentado debería también tener en cuenta ese nuevo elemento, ya que la ecuación que se esboza de ninguna manera permite alcanzar a un 100 % de denuncios reparados. Las creencias culturales y las convicciones personales frente a ese tópico son elementos de importancia por considerar, tanto así que la mayoría de las pocas “buenas prácticas” halladas suelen ser más producto de iniciativas propias que del mismo sistema o por dedicación de un juez de conocimiento:

“Después que el muchacho me robó, y escuchando su historia, decidí darle mi apoyo por medio de un empleo una vez saliera de su condena, ya que tengo la posibilidad de hacerlo por mi dedicación laboral” (víctima de hurto calificado y agravado).

Y

“De ser posible, presiono las partes de tal manera que no permito el desarrollo de una audiencia sin la presencia de la víctima, ya que es ella quien debe confirmar su acuerdo con múltiples de los aspecto que ahí se debaten” (juez de conocimiento).

Un cuarto elemento se asoma al debate por medio del conjunto de variables “mecánicas” que pueden favorecer o frenar la generación de un acuerdo reparativo; entre estas se encuentran principalmente los aspectos procedimentales y operativos, que bien o mal “disfrutan” de ciertas “influencias” en la materia.

De tal manera que una vez esté establecido el nivel de participación de cada una de estas variables en la generación de un acto reparativo judicial, no pueden dejar de ignorarse la voluntad de los afectados y las convicciones culturales de cada comunidad ante una afectación, por ser la reparación un acto individual y voluntario. La eficacia del sistema se evaluaría entonces de acuerdo con su capacidad de respuesta en la materia.

Referencias bibliográficas

- Álvarez-Correa M., Bocanegra D., Parra S. (2014) «¿Por qué yo...?». Las víctimas de delitos sexuales, actuaciones judiciales, intervenciones, modelos y política pública. Tomo II. Bogotá. IEMP.
- Álvarez-Correa M., Romero A., Pulgarín F., Romero M. (2017) El valor del delito. Sistema Penal Acusatorio: ¿cuánto nos cuesta? Política pública y praxis. Bogotá. IEMP-MJD.
- Álvarez-Correa M., Valencia O.L., Parra S. (2012) «Dígame: ¿Por qué?» – Agresores sexuales, motivaciones y actuaciones judiciales. Tomo I. IEMP.
- Avellaneda L.M., Argüello L.M. (2010). Las víctimas y el trámite del incidente de reparación integral en el nuevo Sistema Penal Acusatorio como presupuesto de aproximación a la justicia restaurativa. *www.unilibre.edu.co/verbaiuris/images/stories/vol1/dpr2.pdf.*
- Barreto L.H., Rivera S. (2009). Una mirada a la impunidad en el marco del Sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia. Bogotá. Ministerio del Interior y de Justicia.
- Brownlie L. (2003). Principles of Public International Law. Oxford University Press, New York.
- Cita R., González I. (2016). La proporcionalidad de las penas en la legislación penal colombana. Bogotá. Ministerio de Justicia y del Derecho.

- Dávila A. (2012). Justicia e impunidad en Colombia: reflexiones a propósito de una reforma ¿fallida? Bogotá. Fescol. Díaz, A. (2004). "Justicia restaurativa: conceptos y modelos prácticos" (artículo inédito de la autora).
- Gaviria, V. (2007). La acción civil en el proceso penal Colombiano. Colombia.
- Inpec. Estadística. http://www.inpec.gov.co/ Márquez A. (2007). La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria, en revista Prolegómenos Derechos y Valores. Volumen X, n.º 20, julio-diciembre.
- Márquez A. (2009). "La víctima en el sistema de justicia restaurativa", en revista *Prolegómenos Derechos y Valores*.
- Peris, R. (2001). "El modelo de mediación y reparación en el nuevo marco de la responsabilidad penal de los menores previstos por la ley orgánica 5/2000", en La Ley. *Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía. Madrid.*

¿Tiene cabida el Ministerio Público en el proceso penal?

ENSAYO

Recibido: 22 III 2018; Aceptado: 30 IV 2018

AUTOR: CARLOS ANDRÉS GUZMÁN D.[1]

Resumen

En el presente ensayo se aborda el debate existente sobre la posibilidad que tiene el Ministerio Público en Colombia de participar en un proceso penal que, según se suele señalar, es primordialmente de partes, conformadas, por un lado, por la Fiscalía, que ejerce la acción penal y, por el otro, por la defensa, que representa al acusado. En ese sentido, se trata de un análisis constitucional y de derecho comparado con especial énfasis en los países que cuentan con amplia tradición jurídica en el denominado *common law.*

Palabras claves

Ministerio público, Procuraduría, sistema acusatorio, *friend of the court*, derecho penal, proceso penal.

Introducción

En diferentes escenarios se ha vuelto lugar común afirmar que el proceso penal está construido actualmente por un modelo de partes donde el Ministerio Público parece una figura extraña, bajo el ropaje de interviniente especial, que desnaturaliza el sistema acusatorio. Por tal motivo, en este escrito se hará una breve descomposición de ese argumento para establecer si realmente hay alguna legitimidad en la participación de personeros y procuradores judiciales en el modelo de enjuiciamiento criminal colombiano.

Para tal fin, la primera parte se ocupa de los fundamentos constitucionales y la hermenéutica que a ese nivel se ha hecho sobre el Ministerio Público. Luego se hará un análisis sobre lo que puede significar un proceso penal acusatorio puro y, enseguida, se examinarán diferentes modelos que tengan una tradición importante en ese tipo de sistemas de juzgamiento, a fin de identificar si allí existe algún tipo de institución que se asemeje. Al final, con los fundamentos que se expongan y los hallazgos realizados, se entregarán algunas conclusiones para Colombia.

1. Caracterización constitucional de la intervención judicial del Ministerio Público

Aunque la existencia del Ministerio Público es casi tan antigua como nuestra república, el punto de partida de análisis será el artículo 277 de la Constitución Política (1991), según el cual se le han atribuido a la Procuraduría General de la Nación, entre otras, las siguientes funciones:

- Vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos. (…)
- Defender los intereses de la sociedad.
- Defender los intereses colectivos, en especial el ambiente. (…).

[1] Profesor en pregrado y posgrado. Magíster en Derecho Penal, Universidad Externado de Colombia, máster en Política Criminal, título oficial, Universidad de Málaga (España). Correo electrónico: carlosguzman@rocketmail.com.

- Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales.

De tal manera, fue intención del constituyente primario que la Procuraduría tuviera un papel importante de intervención ante las diferentes autoridades, tanto administrativas como judiciales, en la vigilancia del cumplimiento de las leyes, los intereses de la sociedad y colectivos, así como defender el orden jurídico, el patrimonio público, a la vez que los derechos y garantías establecidos por la misma Constitución.

Ahora bien, la Constitución de 1991 creó la Fiscalía General de la Nación, lo que fue un avance hacia la consolidación de un sistema penal acusatorio, como aparece reflejado en el Decreto 2700 de 1991 y en la Ley 81 de 1993, normas que contienen varias características que coinciden con los modelos de esa naturaleza, como la separación funcional entre quien acusa y juzga, así como mecanismos de terminación anticipada del proceso y colaboración con la justicia.

Justamente ello propició que, en su momento, se presentara demanda de inconstitucionalidad cuyo fundamento fue que el Ministerio Público podría estar desbordando sus funciones al intervenir dentro de un proceso con marcada tendencia acusatoria.

Contrario a dicha postura, para la Corte Constitucional, el Ministerio Público es un órgano social de control de la función pública, como expresión del interés general prevalente, entendido este como el conjunto de los asociados interesados en la conservación de la moral pública. "En una democracia el buen manejo de la cosa pública depende de la rectitud (aspecto subjetivo) y de la eficiencia (aspecto objetivo) con que el funcionario desempeña su labor, con la garantía de que toda actuación de las autoridades públicas tiene que estar autorizada por la ley".

De esa manera, "el Ministerio Público no solo ejerce función de control, sino de defensa del interés social y de vocero del común en los aspectos trascendentes de la función pública. Toda defensa supone acción preventiva o acción impulsiva, bien contra la lesión o bien contra la amenaza inminente sobre el interés común protegido por la Constitución y las leyes" (Corte Constitucional, sentencia C-479/95).

Por ello, dice la Corte, es deber del Ministerio Público tener una conducta "diligente" en propósito del cumplimiento del orden social justo en las diferentes manifestaciones de actuación estatal, por lo cual no hay ningún obstáculo para que actúe, con el fin de defender ese orden jurídico, dentro del proceso penal. En otras palabras, "para asegurar, precisamente, el cumplimiento del orden jurídico, puede intervenir ante una autoridad judicial, como vocero del interés social y en defensa siempre del bien común" (*ib*).

ENSAYO

Résumé

Cet article traite du débat existant sur la possibilité pour le ministère public de Colombie de participer à un processus pénal qui, comme il est généralement souligné, est principalement composé, d'une part, par le Bureau du Procureur, qui exerce et, d'autre part, par la défense, qui représente l'accusé. Dans ce sens, il s'agit d'une analyse du droit constitutionnel et du droit comparé, avec un accent particulier sur les pays qui ont une longue tradition juridique dans la common law.

Mots clés

Procureur général, parquet, système accusatoire, ami du tribunal, droit pénal, procédure pénale.

Es interesante, además, que para el referido tribunal constitucional la intervención del Ministerio Público en los asuntos judiciales "no es facultativa, sino imperativa, es decir, por mandato de la Constitución" (*ib*), en los términos del numeral 7 del artículo 277 superior. De tal manera, concluye que la intervención del Ministerio Público en el proceso penal no solo es válida, sino que se deriva de un mandato constitucional.

En otra oportunidad, ante demanda que específicamente quiso excluir como sujeto procesal al Ministerio Público en los procesos de que trata la Ley 5ª de 1992, la misma Corte dijo que ello resultaba contradictorio a lo señalado por el ya referido artículo 277.7, por lo cual la expresión que restringía las funciones del procurador o sus delegados en esa clase de juicios fue retirada del ordenamiento jurídico (sentencia C-389/96).

Posteriormente, la Corte Constitucional revisó una tutela relacionada con la investigación y juzgamiento de altos funcionarios en la cual ordenó a la Fiscalía General de la Nación no impedir la presencia del Ministerio Público para el cumplimiento de sus funciones constitucionales (sentencia T-649/96).

Otro tanto cabe anotar con respecto al proceso penal militar en el que, bajo el argumento de un fuero diferenciado, se buscó excluir al Ministerio Público, postulación que fue rechazada por la Corte Constitucional al otorgar relevancia a los valores que aquel representa, por cuanto "contra el interés general y el bien común no hay ningún título jurídico prevalente" (sentencias C-47/96, C-196/97), ni siquiera la especialidad.

Dicha postura fue reiterada por el tribunal nuevamente el marco de la justicia penal militar. En esa oportunidad, explicó que esa intervención tenía fundamento constitucional no solo en el ordinal 7º del artículo 277, sino en los restantes (1º, 2º, 3º y 4º), para vigilar el cumplimiento de las leyes y decisiones judiciales, proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, defender los intereses de la sociedad, así como los intereses colectivos y en particular el medio ambiente.

Por lo anterior, "No hay pues duda de que el Procurador, por sí o por medio de sus delegados o agentes, puede intervenir, como órgano autónomo de control, en los procesos penales" (Corte Constitucional, sentencias C-399/95, C-196/97) y, además, "fue voluntad del Constituyente facultar al Ministerio Público para que participara, con la plenitud de sus competencias", en esos procesos, y "no excluyó de tal competencia los juicios castrenses" (*ib*)[2].

En sentencia proferida por la Corte Constitucional frente a demanda contra la Ley 201 de 1995, sobre la estructura de la Procuraduría General, en cuanto a la unidad de materia sobre la regulación de las funciones de intervención de los procuradores judiciales, concluyó que la participación del Ministerio Público "en calidad de sujeto procesal ante las autoridades judiciales, así como la que se cumple ante autoridades administrativas *no es facultativa sino imperativa* y cobra singular trascendencia siempre que se desarrolla en defensa de los derechos y garantías fundamentales que constituyen el fundamento de *legitimidad del orden jurídico* dentro del Estado" [3] (sentencia C-568/97).

Con esta misma lógica, esta vez en defensa del orden jurídico y de los intereses colectivos, la corporación consideró que debía declararse exequible condicionadamente el artículo 392 del Código de Procedimiento Penal de 2000 en el entendido de que, además de la víctima, el Ministerio Público debería tener la posibilidad de promover el control de legalidad sobre la medida de aseguramiento no solo en las hipótesis en que se impone, sino en los casos de dilación injustificada para resolver situación jurídica, dada su función como "garante de los intereses de la sociedad" (Corte Constitucional, sentencia C-805/02).

Con ocasión de la entrada en vigencia del sistema penal acusatorio, fue demandado el Acto Legislativo 03 de 2002, particularmente el parágrafo al nuevo artículo 250 de la Constitución Nacional, que expresamente dice que la Procuraduría seguiría cumpliendo las funciones establecidas por el mencionado artículo 277. Por lo tanto, el tribunal constitucional expresó que la intención del Congreso, al incluir este parágrafo, fue garantizar "en grado máximo la legitimidad del proceso penal" (sentencias C-966/03, C-591/05) y "ampliar y reforzar la gama de protección ofrecida por el juez de garantías", motivo por el cual las funciones del artículo 277 seguirían incólumes.

También esa corporación ha expresado que el legislador puede destacar los escenarios en los que el Ministerio Público tiene mayor participación, así como aquellos en los que resulta razonable limitar su intervención. Así ocurre, por ejemplo, con la indicación del parágrafo del artículo 92 del Código de Procedimiento Penal de 2004, cuando el legislador quiso que centrase su atención de solicitud de medidas cautelares en los menores

2 *Ib*. Subrayado no hace parte del texto original.
3 Subrayado no es del texto original.

de edad (sentencia C-210/07), o con la limitación de pedir, por sí mismo, medidas de aseguramiento en contra del procesado (sentencia T-293/13).

Finalmente, en tiempos más recientes, la Corte Constitucional colombiana ha declarado al Ministerio Público que "el Legislador se ocupó de conferirle un papel preponderante en el sistema penal de tendencia acusatoria, adoptado por la Ley 906 de 2004", pues "funge como protector de los intereses de los distintos intervinientes en el proceso penal, y concretamente frente a las víctimas, debe velar porque sus derechos sean respetados con el fin de garantizar el goce efectivo de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación que les asiste a estas", de lo cual se desprende que pueda actuar durante todo el proceso penal, incluyendo la ejecución de la pena (sentencia C-233/16).

De todo lo anterior se desprenden varias conclusiones. Por una parte, las funciones del Ministerio Público tienen rango constitucional, de ahí que una ley no puede suprimirlas, en ninguno de los procesos judiciales, dados los intereses superiores que representa la agencia ministerial.

Como consecuencia de esas facultades derivadas directamente de la norma superior, ha de existir una presunción de naturaleza constitucional según la cual el Ministerio Público puede ser sujeto procesal o interviniente especial en cada uno de esos procesos. Excepcionalmente, un determinado ordenamiento puede resaltar o delimitar los momentos en que puede intervenir el Ministerio Público, como ocurre por ejemplo en el proceso penal con la solicitud de pruebas (art. 357) o el interrogatorio de los testigos (art. 397), facultades que aparecen definidas en estos específicos casos. En los demás eventos se ha de confirmar la regla general de intervención del Ministerio Público, en especial en los casos de que trata el artículo 277 de la Carta[4].

De tal manera que cualquier interpretación restrictiva que se haga en desmedro o disminución de las facultades de intervención del Ministerio Público, en cualquiera de los procesos, que no haga parte del sentido literal del respectivo texto normativo, será una exégesis contraria a la Constitución.

2. La falacia del pedigrí

Se suele afirmar reiterada y peyorativamente que nuestro modelo de enjuiciamiento penal no es en realidad un proceso "acusatorio puro". Sin embargo, ¿en realidad existe alguna forma de medir la pureza de este modelo? ¿Existe alguna carta que otorgue la certificación de *pedigrí procesal*?

Debemos empezar por señalar cómo esa dicotomía facilista que suele hacerse entre "inquisitivo/adversativo"[5] tiene, así lo señala Vogler (2005, p. 186), el especial defecto de constituir una "sobresimplificación" o "pura falsificación" cuando se pretende etiquetar jurisdicciones enteras en alguna de esas categorías, pues en realidad se pueden identificar una serie de amalgamas en punto de influencias o tendencias adversativas o inquisitivas dentro de un determinado contexto normativo.

Este aspecto es fácilmente demostrable al revisar el modelo de enjuiciamiento francés, catalogado aún como de naturaleza inquisitiva. En él aparecen figuras como la conformidad a los cargos, que equivaldría al plea bargaining norteamericano o a los preacuerdos en nuestro medio. Eso fue entendido (Vogler, 2008, p. 179) como una "americanización" del proceso galo, pero no como una desnaturalización del proceso inquisitivo de ese país.

Por el contrario, para Ferrajoli "La separación de juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás" (2002, p. 567).

A pesar de esa sencilla explicación, se suele pensar que existe alguna suerte de pureza de un modelo procesal, partiendo de la aparente influencia que en nuestro medio ha tenido el norteamericano[6], pero se olvida que este es sólo uno de los posibles siste-

[4] Se ha observado que a partir de la sentencia C-233/16, que le otorga un papel preponderante al Ministerio Público dentro del proceso penal, varios tribunales, con una posición de reforzamiento de los intereses colectivos y en respeto por la doctrina constitucional, han venido avalando su participación en diferentes momentos procesales. Así, Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, rad. 11001 6000 721 2013 00231 01, decisión del 19 de octubre de 2017, M. P.: Fernando Pareja Reinemer; rad. 110016000015201411099-01, M. P.: Javier Fletsher Plazas; y rad. 110016000049201212915-05, decisión del 28 de febrero de 2018, M. P.: Fernando Pareja Reinemer, entre otras.

[5] En lo sucesivo se utilizarán como sinónimos los conceptos de "acusatorio" y "adversativo", aunque se debe reconocer que hay autores que trazan sutiles pinceladas de distinción entre ambas nociones, como que el primero es un modelo que desahoga un juicio precedido de una acusación; mientras que el segundo da cuenta de un sistema de enjuiciamiento donde las partes tienen un papel protagónico en el aporte de elementos de convicción para la decisión judicial. Por cierto, también se utiliza la expresión "adversativo", al ser la traducción correcta, a pesar de la clara difusión del falso cognado "adversarial", yerro común que se hace evidente, tanto al comparar la expresión "inquisitorial system" con sistema inquisitivo, como con la inexistencia en castellano de la palabra "adversarial".

[6] Dice un exmagistrado del Tribunal Superior de Bogotá: "Mienten quienes sostienen que el nuestro es una copia (bien o mal calcada) del proceso penal de los Estados Unidos, o de Puerto Rico" (Cfr. Muñoz Neira, 2015, p. 337).

mas de esa naturaleza que se derivan de lo que, en la literatura anglosajona, se denomina modelo del common law y que se opone a otro sistema, conocido como continental europeo o civil law (por todos, ver Armenta Deu, 2008, p. 114). Pero aquel modelo no es, como se ha reconocido por la doctrina (Vogler, 2005, p. 202), un patrimonio exclusivo de los Estados Unidos, sino que es producto del apogeo de la Ilustración en Europa y con fuerte arraigo en el Reino Unido y los países donde el imperio británico tuvo influencia, como Australia, Nueva Zelanda, Canadá, Sudáfrica, China, Estados Unidos, etc.

Es más, como bien lo destaca Muñoz Neira (2006, p. 123), con apoyo en la doctrina de Estados Unidos, en ese país perfectamente conviven 52 tipos de procesos penales diferentes, dado que cada Estado, más el sistema federal, tienen características que lo singularizan.

A su vez, el profesor Ambos (2003, pp. 1-37) prefiere hablar de un proceso "coordinado", para caracterizar el modelo del common law, el cual, según afirma, tiene muchos matices, aun en Gran Bretaña, donde se pueden observar diferencias procesales entre Inglaterra, Escocia o Irlanda del Norte.

Todo esto sin perder de vista que los tribunales penales internacionales, como los de Núremberg, Tokio, Sierra Leona, la antigua Yugoslavia y la Corte Penal Internacional, han asumido su propia forma de modelo acusatorio, y en ellas también hay características propias que –teóricamente– deberían responder a lo universalmente aceptado[7].

Por ello, cuando queremos encontrar el pedigrí de un sistema acusatorio "puro", ¿de cuál de estos sistemas estamos hablando?

Así, hay países y Estados que consideran adecuado que la Fiscalía haga parte del ejecutivo e, incluso, que la elección del fiscal general sea por votación popular; otros que prefieren que siga haciendo parte de la rama judicial o que sea un órgano independiente. En otros lugares no existe algo denominado "principio de oportunidad", elemento que es frecuente hallar en varios países latinoamericanos que han adoptado el modelo acusatorio[8].

La intervención de la víctima, la conformación de los jueces, la naturaleza de los recursos, las características y la dirección de la etapa intermedia[9], las facultades oficiosas del juez[10] y la existencia del recurso extraordinario de casación son algunos de los elementos que diferencian cada uno de los modelos que se autoproclaman acusatorios.

Esas características individualizantes que tienen los diferentes modelos adversativos fueron rápidamente entendidas por la Corte Constitucional, pues encontró que al sistema colombiano se le han incorporado algunos elementos que "le imprimen su identidad variada y compleja, adecuada a las necesidades y al entorno social e institucional colombianos" (sentencia C-144/10). Por ello advierte:

"A la hora de estudiar las disposiciones de la ley procesal penal, no puede el intérprete partir del supuesto de que su contenido debe, a toda costa, adecuarse a un arquetipo determinado" (sentencia C-144/10).

Por ese motivo, la participación del Ministerio Público, concluyó la Corte, "es uno de los *elementos estructurales* del sistema procesal penal colombiano", y en ese sentido implica que el carácter acusatorio no sea el que el demandante quería, esto es, un *"sistema puro que, a decir verdad, parece inexistente"* (*ib*)[11]. Entonces, cuando se quiere catalogar el linaje de un modelo, entre acusatorio o inquisitivo, podríamos estar ante una discusión anacrónica y, francamente, en desuso entre la doctrina especializada.

De acuerdo con lo expuesto en precedencia, no es posible hablar de un solo modelo de sistema acusatorio, sino de un grupo de procesos de corte acusatorio, esto es, que reúnen ciertos elementos compatibles con el principio acusatorio, es decir, con un juez independiente y una acusación que active su competencia para decidir. Lo demás son características que se han adoptado según las necesidades de cada país, su historia y su cultura, como oportunamente lo comprendió la Corte Constitucional para nuestro país.

Es más, esa misma Corporación explicó posteriormente que la participación del Ministerio Público en el proceso penal de naturaleza acusatoria "es una particularidad de nuestro sistema, garantizada por la Carta Política" (sentencia T-503/11).

7 La ubicación de las partes en la sala, la ausencia de jurado, los recursos, la presencia de víctimas y de *amicus curiae* ya marcan diferencias notables.

8 El Código Nacional de Procedimientos Penales, adoptado en México, lo denomina "criterio de oportunidad".

9 En varios de los países que han adoptado el modelo acusatorio, como Chile y Costa Rica, el juez de garantías es quien dirige la etapa intermedia y decreta las pruebas que serían practicadas a instancias del juez que dictará la sentencia.

10 En Perú se puede decretar prueba de oficio y en México se puede imponer oficiosamente la prisión preventiva (medida de aseguramiento de detención en establecimiento carcelario) en casos de crimen organizado.

11 Subrayado no hace parte del texto original.

Pero ¿en realidad es de nuestra cosecha?, ¿o acaso puede aparecer en diferentes modelos acusatorios, pero con otra denominación? De eso se ocupa el siguiente apartado.

3. Del *amicus curiae o friend of the court*

En un ejercicio de arqueología jurídica, todo parece indicar que la figura del amicus curie o "amigo de la corte" se remonta a la época de auge del derecho romano en el siglo IX, cuando los jueces acudían a ciertos abogados para encontrar en ellos algún concepto para la mejor decisión de los casos. Con la expansión del Imperio romano, la figura se difundió en Inglaterra, donde se mantuvo.

La figura, como actualmente se le conoce, tiene hito relevante en el derecho consuetudinario inglés en el mandato del rey Eduardo III en el año 1300, cuando la función del amicus era proporcionar a la corte información legal imparcial que podría estar fuera de su alcance o experiencia. Hoy en día esa intervención se mantiene, con algunos rasgos diferenciadores, por lo cual se le ha denominado en ese país *"advocate to the court"*[12]. De esta forma, en todo el derecho influenciado por el *common law*, el *friend of the court* fue alcanzando diferentes matices e importancia, según las distintas regiones donde los británicos tuvieron injerencia.

En el derecho norteamericano, el *amicus curiae* se define, conforme al comúnmente citado diccionario jurídico *Black Law Dictionary*, como aquel que da información a los tribunales sobre algún aspecto de la ley que esté en duda. La función de un *amicus curiae* es llamar la atención de las cortes en algún sentido, que de otra forma escaparía de su atención (Gifis, 2003, p. 25).

La Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos (2013, p. 53) declara expresamente, conforme a la regla 37, que un *amicus curiae* puede llamar la atención de la Corte sobre algún asunto relevante que aún no ha sido traído para su discusión por las partes y que puede ser de considerable ayuda para la Corte.

Además, la función del *amicus curiae* puede variar según el Estado. Así, en Michigan se le ha entregado, además, la función de protección de menores de edad en determinados litigios (condado de Oakland, Michigan, 2018). La Corte Suprema de Dakota del Sur (sentencia Ohlhausen v. Branaugh, 1960) ha indicado que la intervención de esta figura se hace a manera de consejo sobre un aspecto legal que ha escapado o podría escapar de la consideración del tribunal.

En Nueva Zelanda (Ministerio de Justicia, 2018), por ejemplo, se explica que el *amicus curiae* o "amigo de la Corte" brinda apoyo a los tribunales, pero no como parte, sino ofreciendo información sobre un área particular de la ley o presentando argumentos legales en nombre de una parte no representada en juicio, y su presencia no requiere el consentimiento de las partes en el procedimiento.

En Sudáfrica, país con fuerte arraigo en el *common law*, como señala Brickhill (2006, p. 391), la Corte Constitucional de ese país ha establecido la participación de un amicus curiae en todos los asuntos, incluyendo los penales. Además, allí se ha considerado (Spies, 2016, p. 247) que la figura del *amicus curiae* añade legitimidad a la decisión judicial y mayor receptividad en el proceso democrático, del cual la justicia hace parte.

Mientras tanto, en Australia el papel tradicional del *amicus curiae* ha sido presentar, de manera independiente, argumentos orales para contribuir a la decisión del tribunal (Re, 1984, p. 522)[13]. Lo mismo se ha dicho respecto de Canadá (por ejemplo, puede verse la regla 92 de las Rules of the Supreme Court of Canada).

Pero ¿qué ha motivado a que los diferentes tribunales del mundo, regidos por el modelo adversativo, propio del *common law*, decidieran admitir la figura del *amicus curiae*?

La respuesta puede verse, entre otros, en Brodie (2002), quien relata cómo en Canadá la figura *amicus* estaba disponible siempre que la estricta adherencia al formato de juicio adversativo condujera a una injusticia. Por ejemplo, en 1736 un juez se enfrentó a un caso en que podía privar a un tercero de sus derechos, por lo que necesitaba una forma de escuchar una intervención diferente a la de las partes. Así, permitió que ese tercero interviniera como *amicus curiae*.

A partir de allí, se desarrolló como "un instrumento altamente adaptable para tratar muchos de los problemas que surgen en los procedimientos adversativos".

Como describe Bachmaier Winter, aun un proceso estrictamente de partes no es un proceso perfecto, y sobre él deben también recaer

[12] Para un recuento detallado sobre el origen de la figura en Inglaterra, puede verse Chandra Mohan (2010, pp. 352-374), quien halló registros de la figura en el derecho inglés desde 1353.

[13] En el mismo sentido puede verse en el caso contra ABC de 1997, disponible en https://jade.io/article/67991 (consultado en febrero de 2018).

ciertas críticas; de ahí que el modelo adversativo "no merece ser idealizado" (2008, p. 46).

McLauchlan (2005) explicó, a propósito del sistema procesal estadounidense, que "los escritos del amicus responden a una deficiencia en el sistema adversativo: los casos específicos plantean preguntas generales que las partes no siempre tienen en cuenta".

La razón frecuente para explicar la presencia del "amigo de la Corte" en el *common law* es que ha servido "como una herramienta útil y conveniente para superar las deficiencias del sistema de confrontación que es esencialmente 'partidario' o 'bipolar'" (Chandra Mohan, 2010).

Su participación en los procesos rituados bajo la naturaleza adversativa obedece a diferentes criterios, por ejemplo grupos de interés, casos de complejidad alta, e incluso cuando en el juicio existe un interés público se representará por el *amicus curiae*.

Una comprensión tradicional del proceso acusatorio hace hincapié en los intereses individuales de los litigantes y excluye correspondientemente la consideración de aquellos que no son partes y del público en general. Una alternativa a la jurisprudencia tradicional, dice Daly (1990, p. 389), basada en el individuo liberal (y su escepticismo hacia los argumentos de interés público) es un reconocimiento de la necesidad de integrar los intereses individuales y públicos para encontrar coherencia entre ellos.

El *amigo de la función judicial*, si se le da un acceso amplio, agrega Daly, puede servir como una herramienta de la pluralidad inclusiva, que reconoce una diversidad de puntos de vista sobre el interés público y el impacto de las decisiones legales sobre la sociedad (*ib*). Con esta perspectiva, se ha observado la no tan reciente inclusión, como *amicus curiae*, de ciertos representantes del Gobierno y agencias gubernamentales, como ocurre en Estados Unidos (*ib*).

Ahora bien, las facultades otorgadas al amigo de la corte pueden diferir considerablemente entre los modelos implementados en cada país o Estado. La más difundida forma de intervención se relaciona con la emisión de conceptos. Sin embargo, en algunos tribunales se ha permitido que el *amicus* presente argumentos orales, examine testigos, presente pruebas e, incluso, haga cumplir las órdenes judiciales anteriores (Chandra Mohan, 2010).

Además, se ha dicho también que, cuando el amigo de la corte interviene en defensa del interés público, las facultades para debatir deben ser tan amplias como sean posibles, "en orden a incluir todos los elementos que pudieran conducir a un argumento razonado" (Daly, 1990).

Por ello, la figura del amigo de la Corte tiene la potencialidad de otorgar un grado más alto de transparencia a la función judicial en los temas de interés público, por lo que puede convertirse en una herramienta "para fortalecer, transparentar y democratizar el debate judicial y, por extensión, asegurar el principio del debido proceso" (Ferrer McGregor, Martínez y Figueroa, 2014, p. 55).

Entre tanto, se suele preguntar si la posición del *amici* debe ser imparcial, de forma que no pueda tomar partido. En ese sentido, el profesor Bazán (2005) señala que la exigencia de pureza e imparcialidad absoluta podría afectar la efectividad de esa figura, lo que la volvería inocua y sin ningún tipo de incidencia real en el caso, por lo que "en el fondo, lo más relevante es que dichas presentaciones pudieran añadir sustancia al debate público y enriquecer la situación y las condiciones en que el órgano de justicia interviniente se encuentre para pronunciar su sentencia".

De acuerdo con lo expuesto, diferentes Estados que han incorporado el modelo acusatorio han incluido la participación de la figura del *amicus curiae* o amigo de la corte, quien se ha encargado de brindar información y argumentos al tribunal para una mejor decisión.

Ello se ha concebido a partir de la amplia experiencia de esos países sobre los inconvenientes de un proceso radicalmente de partes, en especial cuando hay intereses públicos que deben ser tenidos en cuenta en el momento de decidir. Esto ha conducido no solo a enriquecer el debate en los respectivos procesos, sino que ha otorgado mayor legitimidad a la decisión final, gracias a la amplitud que ofrece la figura, como una vía adecuada para maximizar la intervención de la sociedad, como elemento necesario en una democracia participativa.

4. El *amicus ex ordine iuris*

Ahora bien, es momento de identificar las características generales que han permitido la participación del "amigo de la Corte" en los diferentes procesos, desde los que se ventilan en algunos Estados de Estados Unidos hasta los que se llevan en la Corte Penal Internacional[14]. El profesor

[14] Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional. Particularmente, la regla 103 señala la intervención del amicus curiae ante ese tribunal penal.

argentino Víctor Bazán (2014, p. 3) entrega algunos lineamientos generales sobre el *amicus curiae*, a saber:

- Pueden comparecer personas naturales o jurídicas;
- No reviste carácter de parte ni mediatiza, desplaza o reemplaza a estas;
- Su intervención no debe confundirse con la de un perito o de un consultor técnico;
- Su actividad se ciñe a expresar una opinión fundada en defensa de un interés público o de una cuestión institucional relevante; y, por último,
- Su intervención no vincula al tribunal actuante ni genera costas u honorarios.

Estas características no solo coinciden perfectamente con la figura del Ministerio Público dentro del proceso penal en Colombia, sino que, además, a partir del análisis jurisprudencial realizado en precedencia, su presencia en el proceso está tan legitimada que se constituye en un innegable imperativo constitucional.

Estamos entonces ante un interviniente que tiene constitucionalmente mayores facultades, pues no es solo un consejero del juez, sino un verdadero apoyo al orden jurídico nacional, un amigo de ese orden jurídico, por lo que aquí podríamos denominarlo como *amicus ex ordine iuris*.

De hecho, esa condición, de ser algo más que un simple amigo de un tribunal para ser un representante de la sociedad en salvaguarda del ordenamiento jurídico, lo faculta a disentir del respectivo juez o tribunal y, de esta manera, interponer recursos y acudir a instancias superiores.

Esto se hace obvio desde la doctrina constitucional, cuando el fiscal decide archivar la actuación y el Ministerio Público puede acudir al juez en revisión de esa determinación (Corte Constitucional, Sentencia C-1154/05), hasta en términos del Código de Procedimiento Penal, con la opción de acudir en casación o ser escuchado como no recurrente en esa clase de recursos ante la Corte Suprema de Justicia. Es decir, en todas las instancias del proceso se encuentra jurisprudencial y legalmente habilitado para actuar.

Ahora bien, este *amicus* que representa intereses colectivos, revestido de mayores facultades desde la Constitución, debe obrar de manera independiente, de manera que posiblemente en algunos casos sus opiniones puedan coincidir con una u otra de las partes. Pero no puede inclinarse de manera permanente y en todos los casos hacia una de ellas, por ejemplo la Fiscalía, pues esto –ahí sí– desquiciaría el proceso de partes en desmedro de las garantías de cualquier procesado.

Por el contrario, serán las pruebas y el ordenamiento jurídico –sin ningún tipo de injerencias externas– los que deberán orientar el criterio del agente del Ministerio Público. Su labor está ceñida por los derechos humanos, la Constitución, las respectivas leyes, los intereses sociales, el patrimonio público, expresiones todas que se reflejan en el artículo 277 de la Carta, pero que se pueden resumir válidamente en la defensa del orden jurídico, representado, principal pero no exclusivamente, en la Constitución.

De hecho, a partir de esa norma superior se puede evaluar la pertinencia de los intereses de la sociedad en un caso concreto. Así, el preámbulo es el parámetro de hermenéutica inicial[15] para valorar los intereses de la sociedad colombiana, en el entendido de que se deben asegurar la convivencia, la justicia, la igualdad y la paz "dentro de un marco jurídico, democrático y participativo".

Además, el Estado debe garantizar esa participación de los miembros de la comunidad "en las decisiones que los afecten", de manera que se salvaguarde "la vigencia de un orden justo", como determina con claridad el artículo 2º de la Constitución Política. No solo con la publicidad de los procedimientos se garantiza la participación de la comunidad en el proceso penal, sino, además, con la intervención prevalente del Ministerio Público en las diferentes etapas de la actuación, como representante de esa sociedad.

Así, por ejemplo, acompañar las diligencias de allanamiento y registro en horas de la noche supone un reforzamiento a las garantías individuales de dignidad humana, inviolabilidad del domicilio e intimidad. Pero también es una garantía que refleja el interés colectivo, de la sociedad, en que no se realizarán abusos en los procedimientos que resultan altamente invasivos, materializados en un horario sensible para cualquier habitante del territorio nacional.

Esa misma lógica se ha de aplicar en todos los escenarios. Por ejemplo, al definir la imposición de la medida de aseguramiento, el procurador debe actuar conforme a los elementos de convicción, no al sonar de los

15 Para la Corte Constitucional, "El preámbulo goza de poder vinculante en cuanto sustento del orden que la Carta instaura y, por tanto, toda norma –sea de índole legislativa o de otro nivel– que desconozca o quebrante cualquiera de los fines señalados lesiona la Constitución porque traiciona sus principios" (sentencia C-479/92).

medios de comunicación o los intereses populares. El verdadero interés de la sociedad recae en la idea según la cual cualquier ciudadano puede confiar en que el día que sea señalado de haber incurrido en una conducta penalmente reprochable, encontrará que la opinión del personero o del procurador se ceñirá estrictamente a los elementos de prueba y la ley. Esa es la mejor forma de hacer valer los derechos humanos y garantizar su papel como amicus ex ordine iuris, amigo de la vigencia de un orden justo.

Conclusión

De lo expuesto hasta ahora se tiene que la labor del Ministerio Público ha encontrado fundamento de raigambre constitucional, independientemente del proceso judicial del que se trate, pues sus labores implican un reforzamiento de las garantías individuales, así como la presencia e intervención de un representante de los intereses de la sociedad en los respectivos trámites.

Esto también es predicable en el proceso acusatorio. Estados (como Dakota del Sur), miembros de mancomunidades (commonwealth), países y tribunales internacionales han admitido la presencia del amicus de forma expresa a partir de las dificultades que han observado en un estricto y poco fiable proceso de partes o "bipolar".

Esta figura usualmente había sido entendida como un consejero cuyas intervenciones servirían de guía para la mejor decisión del tribunal; sin embargo, en algunas legislaciones se le han concedido más herramientas dado que representan no solo intereses sectoriales, sino también intereses públicos de la sociedad en la cual la decisión respectiva se adscribe.

Precisamente la participación de un amigo del orden jurídico hace que las decisiones tengan un mayor componente democrático con la intervención de quien representa los intereses colectivos y permite una mayor sensación de legitimidad en la administración de justicia.

Este último aspecto resulta de la mayor relevancia en los procesos penales colombianos, donde la frecuente deslegitimación política y el afán noticioso de ciertos medios de comunicación, sin perjuicio de aislados actos de corrupción judicial, han desdibujado la respetabilidad que los jueces tienen y deben tener, por lo que la participación e intervención del Ministerio Público, como amigo del orden jurídico, permite la consolidación de un modelo de enjuiciamiento que debería ofrecer mayores garantías a los ciudadanos.

Por lo anterior, a partir del modelo de Estado social de derecho, la intervención del Ministerio Público no solo es admisible para entregar mejores herramientas a los jueces, sino que es lo más recomendable, pues se convierte en el mejor canal para salvaguardar las garantías individuales y balancearlas adecuadamente con los intereses colectivos cuando se hace necesaria la construcción de verdades procesales que permitan el afianzamiento de la paz social.

Este último apartado se ha hecho latente en escenarios como la aplicación del principio de oportunidad en casos donde los intereses de las víctimas colectivas (por ejemplo, en detrimento del patrimonio público) se han venido dejando de lado. O cuando se discuten mecanismos de aceptación de cargos donde las rebajas otorgadas no solo son incompatibles con los lineamientos de política criminal diseñados desde la Ley 906 de 2004, sino que no coinciden con el restante ordenamiento jurídico, reconociendo atenuantes por la ira en delitos patrimoniales o marginalidad en delitos de cuello blanco.

En ambos casos, en términos generales, operaría el principio dispositivo, de justicia consensuada por las partes. Pero es allí donde, entre otras hipótesis, el Ministerio Público debe intervenir para conceptuar o impugnar, como el mejor aliado del ordenamiento jurídico. El papel del Ministerio Público de esta forma puede ser, según la sentencia C-233/16 de la Corte Constitucional, realmente preponderante en un sistema que interesa no solo a las partes, sino a la sociedad en general.

Cualquier interpretación que restrinja esa calidad de interviniente especial y preponderante, de participación imperativa (según lo analizado), resulta contraria a la Carta Política, así como que se le estaría negando a la sociedad –representada por el Ministerio Público– el acceso a la administración de justicia, en oposición al preámbulo y al artículo 2° de la Constitución, en cuanto no se le permitiría a aquella participar en las decisiones que la afectan.

En este orden de ideas, el interés público y la salvaguarda del orden jurídico, incluyendo los derechos de los procesados, hacen sumamente relevante la participación del Ministerio Público dentro del proceso penal de corte acusatorio como una forma de democratizar el debate, robustecer los argumentos, otorgarles una mayor legitimidad a las decisiones judiciales y, en últimas, hacer más transparente el

sistema de justicia. Por lo anterior, ese Ministerio Público es el amicus ex ordine iuris, el amigo del orden jurídico, especialmente de un proceso penal consecuente con los mandatos contenidos en el preámbulo y el restante articulado de la Constitución Política.

Referencias bibliográficas

- Ambos Kai (2003) "International criminal procedure: 'adversarial', 'inquisitorial' or mixed?". En International Criminal Law Review Max-Planck-Institut für austandisches und internationales Strafrecht. 3: 1-37.
- Armenta Deu Teresa (2008) "Juicio de acusación, imparcialidad de la acusación y derecho de defensa". En Proceso penal y sistemas acusatorios. Editorial Marcial Pons. Madrid.
- Bachmaier Winter Lorena (2008) "Acusatorio versus inquisitivo. Reflexiones acerca del proceso penal". En Proceso penal y sistemas acusatorios. Editorial Marcial Pons. Madrid.
- Bazán Víctor (2005). "El amicus curiae en clave del derecho comparado y su reciente impulso en el derecho argentino". En "cuestiones constitucionales". Revista Mexicana de Derecho Comparado. No. 12. México, D. F.
- Bazán Víctor (2014) "Justicia constitucional y fortalecimiento cualitativo del debate jurisdiccional". Revista Estado de Derecho. Nueva Serie. No. 33, julio-septiembre de 2014. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.
- Brickhill Jason (2006). The Intervention of Amici Curiae in Criminal Matters: S v Zuma and S v Basson Considered, 123 S. African L.J. 391.
- Brodie Ian (2002). Friends of the Court: The Privileging of Interest Group Litigants in Canada. State University of New York Press, EBSCOhost.
- Chandra Mohan S. (2010). "The amicus curiae: friends no more?". En Singapore Journal of Legal Studies. 352-374.
- Condado de Oakland, Michigan (EE. UU.): https://www.oakgov.com/courts/circuit/friend-of-the-court https://www.3rdcc.org/divisions/friend-of-the-court#/list (recuperado en febrero de 2018).
- Corte Constitucional, sentencia C-144/10, M. P.: Juan Carlos Henao Pérez.
- Corte Constitucional, sentencia C-196/97, M. P.: Carmenza Isaza de González.
- Corte Constitucional, sentencia C-196/97, M. P.: Carmenza Isaza de González.
- Corte Constitucional, sentencia C-210/07, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional, sentencia C-233/16, M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional, sentencia C-386/96, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional, sentencia C-399/95, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional, sentencia C-47/96, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional, sentencia C-479/95, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional, sentencia C-568/97, M. P.: Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional, sentencia C-805/02, MM. PP.: Manuel José Cepeda Espinoza y Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional, sentencia C-966/03, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional, sentencia C-591/05, M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional, sentencia T-293/13, M. P.: María Victoria Calle Correa.
- Corte Constitucional, sentencia T-503/11, M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional, T-649/96, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Suprema de Justicia, Canadá, SOR2002-156, disponible en http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/regulations/SOR-2002-156/page-1.html (recuperado en febrero de 2018).
- Corte Suprema de Justicia, Estados Unidos de América. Supreme Court Rules. Adoptadas en abril de 2013. Y disponibles en https://www.supremecourt.gov/ctrules/2013RulesoftheCourt.pdf (recuperadas en febrero de 2018).
- Daly Nancy (1990). "Amicus Curiae and the Public Interest: A Search for a Standard", 12 International Law & Policy Review 389.
- Ferrajoli Luigi (2002). Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta. Madrid.
- Ferrer Mc Gregor Eduardo, Martínez Ramírez Fabiola y Figueroa Mejía Giovanny (coords) (2014). Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional. Tomo I. Universidad Nacional Autónoma de México. México, D. F.
- Gifis Steven H. (2003) Black Law Dictionary. 5ª edición. Barrons. Nueva York.
- McLauchlan, Judithanne Scourfield (2005). Congressional Participation as Amicus Curiae Before the U.S. Supreme Court. LFB Scholarly Publishing LLC. American Legal Institutions. EBSCOhost.
- Ministerio de Justicia, Nueva Zelanda, sitio web: https://www.justice.govt.nz/courts/going-to-court/without-a-lawyer/representing-yourself-criminal-high-court/appearing-in-court-what-you-need-to-know/ recuperada en febrero de 2018.
- Muñoz Neira Orlando (2015). Los orígenes del sistema penal acusatorio en Colombia. Influencia del derecho estadounidense en el proceso penal colombiano. Tesis doctoral, Universidad Sergio Arboleda. Bogotá.
- Muñoz Neira Orlando (2006) Sistema Penal Acusatorio de Estados Unidos. Editorial Legis. 1ª edición. Bogotá.
- Re Loretta (1984). "The amicus curiae brief: Access to the courts for public interest association", 14 Melbourne University Law Review. Vol. 14. Melbourne.
- Spies Amanda (2016). "The Importance and Relevance of Amicus Curiae Participation in Litigating on the Customary Law of Marriage", 16 African Human Rights Law Journal. 247.
- Vogler Richard (2005). "Adversidad y el dominio angloamericano en el proceso penal". En Constitución y Sistema Acusatorio. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.
- Vogler Richard (2008) "El sistema acusatorio en los procesos penales en Inglaterra y en Europa Continental". En Proceso penal y sistemas acusatorios. Editorial Marcial Pons. Madrid.

Consulta previa: aproximación a sus usos judiciales desde la jurisprudencia constitucional

INVESTIGACIÓN

Recibido: 23 I 2018; Aceptado: 13 II 2018

AUTOR: MARTÍN GABRIEL DE LA ROSA R.[1,2]

Resumen

En el presente artículo de investigación se realiza una reconstrucción conceptual de la consulta previa desde la doctrina especializada y desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. No obstante, esta última no se hace a manera de línea jurisprudencial, simplemente es un amplio inventario sobre el tratamiento de este tema desde la existencia de este alto tribunal en la Carta Política de 1991. Todo ello con el fin de analizar la consulta previa a la luz de la forma en la cual los jueces de la república, en especial de la jurisdicción constitucional, abordan y tratan el tema a través de la categoría que se propone en términos de aproximación conceptual denominada 'usos judiciales'.

Palabras claves

Consulta previa, Corte Constitucional, usos judiciales, jurisprudencia.

Introducción

Uno de los escenarios más progresistas en la legislación nacional, supranacional y de la jurisprudencia comparada en los últimos años es sin duda la consulta previa, la cual ha recibido disímiles denominaciones, desde la simple consulta hasta la categoría compuesta de consulta previa, libre e informada. Dicho cambio ha significado un giro radical, por ello, ahora más que nunca, las lecturas del mundo jurídico traspasan cada día las miradas panjurídicas (Rodríguez & Tuirán, 2011, p. 195) hacia perspectivas epistemológicas de lo metajurídico.

Si bien este artículo no es fiel a lo metajurídico, sí es claro advertir que dichos cambios hacia el reconocimiento progresivo de los derechos de los grupos étnicos están impregnados de una dimensión interdisciplinaria para su comprensión, como son la antropología, la sociología, entre otras disciplinas, que se reflejan a lo largo del estudio amplio de la consulta previa.

Para el desarrollo de este trabajo se han establecido tres momentos importantes; en el primero de ellos se efectúa una nueva revisión del concepto de consulta previa desde la doctrina especializada. Cuando se afirma que es una nueva revisión, implica reconocer el dinamismo de producción científica sobre el tema, lo cual hace de dicho concepto algo inacabado, en permanente construcción.

En un segundo momento, este trabajo se centró en un fuerte y agotador inventario sobre la jurisprudencia de la Corte Consti-

[1] Candidato a doctor en Derecho de la Universidad del Norte, magíster en Derecho, especialista en Derecho Procesal, ex juez civil del circuito, procurador judicial ii en restitución de tierras. Correo electrónico: martingdelarosa@hotmail.com.

[2] El artículo se deriva de la pasantía en el Instituto de Estudios del Ministerio Público en la investigación titulada Barreras para acceder a la consulta previa, dentro del doctorado en Derecho de la Universidad del Norte.

tucional colombiana en torno a la consulta previa, labor que no fue fácil, y en consecuencia implica un continuo monitoreo de los pronunciamientos.

Finalmente, se hizo un estudio sobre los 'usos judiciales', el cual fue angustioso como experiencia en la medida en que en términos exegéticos no se encontró construcción teórica alguna. No obstante, se realiza una descripción prudente de lo que se ha de entender por usos judiciales; esto se desarrolló desde la idea de aproximación, lo que significó en últimas hacer una interpretación de dicha categoría, esencialmente en cabeza de la Corte Constitucional colombiana.

Concepto de consulta previa

Toda categoría que se trata de conceptualizar siempre resultará odiosa, pues los esquemas conceptuales tienden a establecer los límites en sus definiciones. Este es el caso de la consulta previa, que no escapa a los conceptos, motivo que hace necesario tener sumo cuidado, pues se transita en terrenos minados de intereses muy sensibles que involucran a los grupos étnicos y los intereses de la ideología del progreso y desarrollo en cabeza del Estado y las empresas transnacionales.

De otro lado, como se observa en este trabajo, el concepto de la consulta previa no deja de ser un proceso en permanente construcción, pues como ya se señaló, resulta ser un derecho que cada día se hace hermenéuticamente más extensivo hasta el punto de trascender de pueblos aborígenes a grupos sociales minoritarios, siendo este último el más complejo por su significado.

Conforme a la lógica advertida, la doctrina ineludiblemente resulta ser lo más razonable para comprender la naturaleza y la teleología de la consulta previa. En este sentido, Valencia & Hinestroza (2014) la definen como "un derecho que exige que previamente a la toma de decisiones que puedan afectar el modo de vida de los grupos étnicos, sus creencias, sus tierras y territorios se les garantice la participación en la decisión y en la gestión de los beneficios que se derivan de ciertos proyectos de desarrollo" (p. 42).

Este concepto pone en claro la necesidad de la participación de los grupos étnicos en las decisiones que los afectan y en caso contrario de medidas que posiblemente deriven beneficios en los cuales estos también podrían ser partícipes de la gestión de proyectos de desarrollo. Ahora bien, dicha facultad de participación no es opción para los gobernantes, ha de ser un imperativo categórico (Rodríguez, 2009, p. 71) que tiene reconocimiento constitucional.

En coherencia con ello, el tratadista e investigador en Derecho Constitucional Carlos Mario Molina Betancur (2012) hace una síntesis las disposiciones constitucionales que reconocen y garantizan en el tiempo los derechos de los grupos étnicos, en ella señala:

INVESTIGACIÓN

Résumé

Dans le présent article de recherche, une reconstruction conceptuelle de la consultation préalable est réalisée à partir de la doctrine spécialisée et de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle colombienne. Cependant, ce dernier n'est pas fait en tant que ligne jurisprudentielle, simplement un vaste inventaire sur le traitement de cette question depuis l'existence de cette haute cour dans la Charte politique de 1991. Tout cela est fait, afin d'analyser la question antérieure à la lumière de la manière dont les juges de la République, notamment de la juridiction constitutionnelle, abordent et traitent le sujet à travers la catégorie proposée en termes d'approche conceptuelle appelée «usages judiciaires».

Mots clés

Consultation préalable, Cour constitutionnelle, usages judiciaires, jurisprudence.

"(…) la Constitución de 1991 dio visibilidad a los grupos étnicos cuando reconoce en su artículo 7 que el Estado colombiano reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana. En su artículo 10, reconoce que las lenguas y dialectos de los grupos son también oficiales en sus territorios. En su artículo 10 establece que la enseñanza que se imparte en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe. En su artículo 63 reconoce que las tierras de resguardo son inalienables, imprescriptibles e inembargables. En su artículo 68 el texto constitucional establece que dichos grupos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural. El artículo 70 establece el principio de la igualdad con dignidad de todas las culturas del país (…). El artículo 286 los integra al resto del país al reconocerlos como territorios indígenas, al lado de los departamentos, los distritos y los municipios. El artículo 246 crea una jurisdicción propia para los indígenas y los artículos 286 y 287 establecen que las entidades territoriales gozan, dentro del concepto de Estado unitario, de autonomía para la gestión de sus intereses dentro de los límites de la Constitución y la ley, en virtud de la cual pueden gobernarse por autoridades propias, ejercer las competencias que les correspondan, administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y participar en las rentas nacionales. Ello se compagina con el artículo 246, que les otorga autonomía jurisdiccional y con los artículos 329 y 330" (p. 264).

Descrito el escenario de reposo constitucional de la consulta previa, se hace necesaria la pregunta quién responde por garantizar efectivamente la consulta previa. En tal forma, es indispensable el traslado de tal significado de la consulta previa a una carga de prestación y garantía en cabeza del Estado, a quien le corresponde la salvaguarda de los pueblos indígenas. De ahí que es "el deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas y los principios conexos han surgido para poner fin a modelos históricos de decisiones que se han impuesto a los pueblos indígenas y a condiciones de vida que han amenazado su supervivencia" (Anaya, citado por Fuenzalida, 2015, p. 160).

Sobre la supervivencia de los pueblos indígenas, los últimos estudios oficiales señalan, de acuerdo con el censo nacional que data de 2005, que en Colombia existía en su momento una población indígena de 1,4 millones de habitantes, que representa el 3,43 % de la nacional. En 2007, el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) registró 87 pueblos distintos y 64 lenguas (DANE, 2007). La Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), en cambio, afirmó que se trata de 102 pueblos indígenas diferentes, cifra que reconoció el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 (Orduz, 2014, p. 3).

Esto ineludiblemente explica una complejidad multiétnica y pluricultural del Estado colombiano, y en razón de ello la carga antropológica de protección material (Bechara, 2016, p. 36) por parte del Estado para salvaguardar de forma incluyente los grupos minoritarios frente al dilema del progreso o la conservación del equilibrio existencial de los grupos étnicos en Colombia frente a los riesgos y tensiones del desarrollo.

Sobre el particular, según la ONIC (2010, citada por Orduz, 2014), "en el informe titulado *Palabra dulce, aire de vida*, al menos 32 pueblos tienen menos de 500 habitantes. De estos, a 10 les quedan menos de 100 personas" (p. 3), lo cual da cuenta de un serio nivel de vulnerabilidad de estas comunidades. Adicionalmente, hay datos más lamentables que señalan el Observatorio de Discriminación Racial (ODR) y la ONIC (Orduz, 2014) que revelan:

"Los grupos indígenas y afrocolombianos presentan indicadores de pobreza y educación, entre otros, muy inferiores a la población no étnica. El 6,5 % de la población no étnica tuvo algún día de ayuno previamente a la realización del censo. En cambio, 17 % de los indígenas y 15 % de la población negra o afrocolombiana vivió un día de hambre. El 54 % de los mestizos vive debajo de la línea de pobreza: el mismo indicador aplica para el 61 % de la población afro y el 63 % de la indígena. Bajo la línea de miseria vive el 18,6 % de la población mestiza, el 21,4 % de la afrodescendiente y el 47,7 % de la población indígena" (p. 7).

Estos indicadores generan un riesgo de exterminio físico y cultural de los pueblos, el cual se atribuye a diferentes factores estructurales, como el conflicto armado; el modelo de desarrollo sin consentimiento libre, previo e informado; y la pobreza, el abandono institucional y la discriminación. La mayoría de estos pueblos viven en la Amazonía y Orinoquía, las zonas más despobladas de Colombia (ONIC, 2010, citada por Orduz, 2014, p. 3). No obstante, crecientemente estas regiones del país y otras con mayor presencia de habitantes se constituyen en foco de atención por su potencial minero, como el oro y el petróleo, y otras por la riqueza de sus territorios para fines agrícolas.

Sin embargo, muy a pesar del interés de las empresas nacionales y de las multinacionales con complacencia estatal, en datos del Ministerio del

Interior del 2013, solo el 31 % de los procesos llegó a feliz término, los cuales corresponde a proyectos de hidrocarburos; 24 %, del sector minero; 13 %, del energético y 12 % de telecomunicaciones. De estos, se dio vía libre a los 64 proyectos consultados con éxito para el 2013 entre 190 que se presentaron y hubo necesidad de hacer consultas con 522 comunidades. Ahora bien, lo real es que en el 67 % de las consultas con comunidades no hay acuerdo, lo que denota una preocupación para los intereses económicos de la lógica del progreso occidental. En este sentido, en su momento, año 2013, la Asociación Colombiana del Petróleo señaló que estos procesos dificultaron la actividad exploratoria en tierra firme en un 52 % (Celedón, 2013).

Lo cierto en todo caso es que frente a la tensión de preservar y del progreso, se necesita la presencia de un modelo de Estado sólido y comprometido con la pluralidad étnica y cultural, un Estado antropológico. En este entendido, el Ministerio Público, a través de la Procuraduría General de la Nación (2014), ha señalado mediante el concepto 5716 del expediente D-9799 de demanda de inconstitucional que la consulta previa implica un compromiso estatal que envuelve la presencia de los principios constitucionales de seguridad jurídica, legalidad y democrático, de modo que no es razonable ni proporcionado relevar al Estado en su obligación constitucional de consultar previamente a los pueblos indígenas y tribales las medidas legislativas y administrativas que puedan afectarlos directamente (p. 3).

En conexidad con lo anterior, Rea (2015) señala que "La consulta previa y la participación son principios fundamentales de la gobernanza democrática y el desarrollo incluyente, ya que tienen como objeto promover, mediante un proceso amplio y organizado, la intervención de los pueblos y comunidades indígenas en el diseño de cualquier medida estatal destinada al desarrollo de este sector de la población" (p. 1105). En este caso, resulta profunda la idea de ver la consulta previa en el marco de la democracia y los derechos incluyentes.

De otra parte, una lectura metajurídica, es decir, ajena al mundo jurídico, como la sociológica y la antropológica, explican que "la consulta previa se ha convertido en una garantía de pervivencia en un contexto de riesgo de exterminio físico y cultural, ya que su nacimiento se dio como una respuesta para empoderar a los pueblos indígenas luego de todas las violaciones de sus derechos cometidas en su contra (Patiño, 2014, p. 71). Así mismo, dice Patiño (2014), "La consulta se convierte en un mecanismo para hacer efectivos sus derechos, siendo un reto en la actualidad para que sea realizada y cumplida de forma adecuada y no se convierta en un mero trámite administrativo, o reunión, sino un verdadero instrumento de participación" (p. 71).

Es de indicar, como se ha dicho, que la consulta previa es un concepto inacabado, en permanente construcción, y en ese sentido, para John Jairo Morales (2014), la consulta previa "es un derecho de las comunidades étnicas de protección especial, reconocidas y protegidas constitucionalmente, cuya finalidad es la salvaguarda y preservación de su identidad étnica, cultural, social y económica, fundada en la garantía de la participación de eventuales medidas legislativas, administrativas, obras, proyectos o actividades, que afectan directa y especialmente su integralidad étnica o su subsistencia como grupo social, procurando un acuerdo viable frente a los impactos causados por la actividad" (p. 102).

Por los lados de la lógica neoconstitucionalista, Alejandro Santamaría (2016) ve la consulta previa como un escenario de negociación deliberativa que plantea un espacio sin coerción que, bajo estrictos parámetros, permite a los participantes expresar sus intereses individuales y el uso del poder, con el objetivo de que aun bajo estas condiciones se pueda considerar este como un contexto deliberativo.

En tal forma, el interés individual dentro de un diálogo deliberativo busca el bien común, lo cual inicialmente ha de suponer un contrasentido, de la misma forma que el ejercicio de cualquier tipo de poder por los posibles afectados, ello en cuanto que sería esto y no la sensatez, es decir, la racionalidad, lo que orienta la discusión (Santamaría, 2016, p. 230).

En esencia, la consulta previa es una herramienta que permite reconocer la diversidad cultural. En ella los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente (López & Mohr, 2014, p. 107).

Para la Corte Constitucional colombiana (sentencia T769 de 2009, citada por Rodríguez, 2010), la consulta previa es una institución en la cual el Estado debe garantizar a las autoridades de los grupos étnicos y comunidades respectivas directamente la participación y el acceso a

la información sobre un programa o plan que se pretenda realizar en su territorio, buscando que colectivamente sean identificados los impactos positivos o negativos del proyecto o programa respectivo, con el objeto de que la participación sea activa y efectiva para las comunidades y se salvaguarde la idiosincrasia de los pueblos nativos para que las decisiones sean adoptadas previa concertación y acuerdo, en la medida de lo posible (p. 64).

En suma, "el derecho de participación de la consulta previa constituye un instrumento básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social" (Rodríguez, 2010, p. 67).

Por su parte, para Padilla (2016), la consulta previa aparece como un mecanismo que busca incorporar a las comunidades, de manera que estas reciban algún beneficio a cambio del acuerdo y despeje para la realización de una obra o inversión. En otras palabras, no pesa tanto la presencia del Estado como sus efectos (p. 207).

En sentido amplio, la consulta previa a los pueblos indígenas es, desde su materialidad, un mecanismo eficaz para protegerles otros derechos, entre ellos el de la propiedad de la tierra en términos individuales o colectivos, con la salvedad de que la tierra cumpla una función social (Böhrt, 2015, p. 64).

Otra lectura amplia describe la consulta previa desde una perspectiva económica y productiva, especialmente cuando se trata de la explotación de los recursos naturales que existen en los territorios de los pueblos indígenas, de manera que su conexión con la organización del Estado es innegable.

En ese orden de ideas, se incorpora a la economía comunitaria de los pueblos indígenas en el modelo económico plural, dándole así otro vuelo al derecho a la consulta, en cuyo campo de connotaciones deberá incorporarse el difícil tema del derecho preferente, dado que el Estado está reatado al mandato (Böhrt, 2015, p. 64).

Continuando con Böhrt (2015), la consulta previa también es un mecanismo constitucional de democracia directa y participativa, convocada por el Estado plurinacional de forma obligatoria con anterioridad a la toma de decisiones respecto a la realización de proyectos, obras o actividades relativos a la explotación de recursos naturales. La población involucrada participará de forma libre, previa e informada. En el caso de la participación de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos, la consulta tendrá lugar respetando sus normas y procedimientos propios (p. 68). En este sentido, la consulta previa profundiza en la participación democrática, en los términos de Rousseau, del contacto directo de los ciudadanos, del pueblo, en este caso de los indígenas, sin intermediario alguno, como en las democracias representativas.

En la misma lógica de la democracia (Barstow y Bagroow, 2008; Naciones Unidas Equipo del Marco Interagencial para la Acción Preventiva, 2010, citado por Schilling-Vacaflor and Flemmer, 2013), "*La consulta previa es frecuentemente entendida como una herramienta para la prevención y resolución del conflicto. Al asumir los temores y las necesidades de las poblaciones locales, encuentra soluciones conjuntas y complementarias a los conocimientos de los expertos con las opiniones de los grupos afectados, de donde se espera que surjan soluciones más democráticas, pacíficas y sostenibles*" (p. 6).

Ahora bien, más allá de ser un instrumento para prevenir los conflictos y solucionarlos y de ser dialógica en las soluciones conjuntas, la consulta previa permite consolidar los derechos de propiedad de las minorías y consolidar los derechos territoriales y autodeterminación.

En este sentido, Roger Meriño Acuña (2015) señala:

"*El documento ha demostrado que la colonialidad sobrevive en la ley de consulta previa al concebir a los pueblos indígenas como minorías con derechos de propiedad que pueden 'participar' en los beneficios del 'desarrollo', en vez de ver a los pueblos indígenas como naciones con derechos territoriales que persiguen sus propios modelos de desarrollo. Esto explica por qué la legalidad liberal no puede contener toda la cosmología indígena y por qué los pueblos indígenas usan esta legalidad y van más allá en un proyecto de emancipación social que quiere reinventar la estructura estatal para reconocer adecuadamente los derechos territoriales indígenas y la autodeterminación"* (p. 18).

En síntesis, podría afirmarse que tal institución permite en esencia profundizar en la democracia (Rodríguez-Burgos, Martínez & Rodríguez-Serpa, 2017) y reconocer derechos territoriales, y sumado a ello se ha de interpretar tal figura en su implementación como el "foro que legitima la presentación de diferentes discursos que negocian desde la igualdad de condiciones unas soluciones pluralistas y representativas de un desarrollo que realmente considere el bien común" (Lopera & Dover, 2013, p. 100).

Otra apreciación sustancial del contenido estricto de la consulta previa, libre e informada se relaciona con la autonomía, interpretando esta como el reconocimiento de la autodeterminación indígena en la toma de decisiones, sin la intermediación o injerencia foránea o externa en el ámbito reconocido constitucionalmente para los grupos étnicos por la Constitución (Arias, 2012, p. 205).

Este ha sido, sin duda, uno de los temas de mucho cuidado, evitar que en la toma de decisiones intervengan intereses externos a los propios de la cosmovisión autonómica de los pueblos indígenas bajo la observancia de los principios de buena fe, flexibilidad, transparencia, respeto e interculturalidad (Arias, 2012, p. 209), pues son estos principios ejercidos en su reciprocidad, por los directamente partícipes de la consulta previa, los que permiten la materialización plena de dicha institución no solo como resultado, sino en el tiempo.

Todo lo precedido hasta el momento queda inmerso en la garantía constitucional que reconoce la consulta previa como derecho fundamental del que son titulares los grupos étnicos para decidir sobre todo tipo de medida estatal que pueda afectarlos directamente, tanto de manera legislativa como administrativa.

Su fundamento, en consecuencia, estriba en el reconocimiento de la identidad multicultural del Estado colombiano bajo una óptica democrática no solo directa, sino incluyente; en el derecho que tienen los pueblos a decidir sus propias prioridades de acuerdo con sus creencias, instituciones o territorios que ocupan o utilizan; y en el derecho de participar en el diseño, implementación y evaluación de programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarlos (Charris, 2014, p 123).

En minucia, lo planteado por Juan Pablo Charris (2014) denota varias cosas de carácter problemático y otras de carácter distintivo; en lo primero, no es para nada real que las comunidades indígenas y los pueblos aborígenes participan en el diseño, implementación y evaluación de programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarlos. No es cierto esto, es romanticismo; todo lo planificado se impone; la consulta es solo sobre la aprobación, y lo informado es para decir que ya se realizó y escuchar sus opiniones o comentarios, mas no para intervenir en el diseño. En lo segundo, permite distinguir que

"La consulta previa es un derecho fundamental –individual y colectivo– del que son titulares los grupos étnicos para decidir sobre cualquier tipo de medida estatal (legislativa o administrativa), o cuando se vayan a realizar proyectos, obras o actividades dentro de sus territorios que puedan afectarlos, en aras de la protección de su integridad cultural, social y económica, y de la garantía del derecho de participación. Está previsto, en consecuencia, para los pueblos indígenas, las comunidades negras o afrocolombianas, raizales y los rom o gitanos; y están llamadas a participar en el proceso las instituciones del Estado, así como los particulares responsables del proyecto, obra o actividad" (Charris, 2014, p. 126).

Caracterizando de este modo lo dicho, la consulta previa no es solo un referente del fortalecimiento de la democracia deliberativa, participativa, incluyente, directa y pluralista, sino también es un verdadero Estado social de derecho. Para lograr este propósito, dice Charris (2014), "El Estado debe garantizar que las comunidades étnicas participen de manera previa, activa y efectiva en la toma de decisiones que puedan afectarlas, lo cual se logra a través de la adopción de medidas tendientes a garantizar la construcción de diálogos interculturales entre los representantes del Estado y las comunidades étnicas, orientadas a un acercamiento oportuno, veraz y transparente entre las partes" (p. 125).

Finalmente, es la consulta previa un instrumento de mediación en la tensión entre el Estado y la población étnica minoritaria, de tal forma que dicha institución ha de "trazar el límite entre la potestad del Estado y el derecho de autodeterminación de los grupos étnicos (…), en tanto contrasta el interés general con la supervivencia de las minorías, razón por la cual la consulta previa se erige como un derecho de índole contramayoritaria" (Charris, 2014, p. 125).

Estructura de la jurisprudencia constitucional en torno a la consulta previa en Colombia

En este punto se pretende dar cuenta de forma descriptiva de la jurisprudencia constitucional sobre la consulta previa en Colombia. Sin embargo, se advierte que el presente estudio no responde inicialmente a una línea jurisprudencial, sino a los presupuestos gráficos de la jurisprudencia sobre la materia.

En tal sentido, se tiene por objetivo identificar y clasificar las sentencias de la Corte Constitucional sobre la consulta previa desde la vigencia de este tribunal constitucional y desde la obligatoriedad de la consulta previa en el contexto del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), particularmente en

materia de medidas legislativas y en el campo de medidas administrativas. Es de aclarar que no es del interés de este trabajo profundizar en el estudio normativo de la consulta previa, sino solo de evidenciar mediante gráficas el mapa decisional que ha adoptado la Corte respecto al tema.

Dentro de la dinámica de desarrollo de este trabajo se efectuará una reconstrucción en los términos de López (2008) de los escenarios constitucionales dentro de los cuales se ha desenvuelto el tratamiento jurisprudencial de la institución de la consulta previa en las decisiones de la Corte Constitucional. En este apartado se agruparán por años las sentencias que de manera general ha proferido la Corte en relación con el tema objeto de estudio.

De conformidad con lo precedido, la consulta previa en Colombia se constituye en una garantía constitucional surgida del reconocimiento de la diversidad cultural, étnica, ambiental y social existente en el territorio nacional, es decir, es una institución con un espíritu antropológico que nace como la esperanza existencial de las minorías étnicas y de los territorios ancestrales frente a los avatares del desarrollo desenfrenado. Para el caso nuestro, "Colombia está integrada en mayor número por habitantes que desarrollan su estilo de vida a la usanza de la 'cultura occidental', pero también conviven en ella múltiples comunidades humanas que, a pesar de ser minoritarias, conservan su identidad y se mantienen ajenas a las costumbres y hábitos sociales que la mayor parte de la población emplea regularmente" (Cifuentes, Herrera, Mantilla & Carvajal, 2018).

Consciente de la coexistencia étnica y en reconocimiento de los aportes vitales efectuados por estas comunidades a la edificación de la nación colombiana, el Constituyente de 1991 incorporó al texto constitucional un conjunto de normas destinadas a la protección de la identidad cultural, la diversidad étnica, la autonomía territorial, la propiedad colectiva, la autodeterminación y los derechos humanos de estas comunidades (Cifuentes, Herrera, Mantilla & Carvajal, 2018).

Recuérdese por ejemplo aquel discurso de Lorenzo Muelas en la Asamblea Nacional Constituyente, "Al hablarle al país en su lengua nativa durante la Asamblea Nacional Constituyente le muestra finalmente al pueblo colombiano que su identidad no es monolítica, hispánica y católica únicamente, sino pluralista" (Arango, 2006, p. 33).

Sumado a lo anterior, en el escenario supranacional, la carta política de 1991 incluyó al sistema normativo colombiano el Convenio 169 de la OIT como paradigma sustancial para la protección de los derechos de las minorías étnicas. En tal sentido, dicho Convenio y la Constitución Política de 1991 establecieron de manera sincronizada un conjunto de mecanismos para la defensa de sus derechos, dentro de los cuales está, de un lado, la obligación del Estado contemporáneo de consultar de forma previa a las comunidades acerca de la adopción de medidas legislativas y administrativas que puedan afectar su condición de minoría étnica y, de otro, el derecho de las comunidades a opinar y decidir en condiciones idénticas y simétricas a las demás agrupaciones humanas que integran el territorio (Cifuentes, Herrera, Mantilla & Carvajal, 2018).

Lo cierto en todo caso es que la intervención de la Corte Constitucional para establecer límites formales y materiales a las múltiples controversias sociales, económicas y culturales ha permitido dar orientaciones a las diferentes reclamaciones, las cuales, por supuesto, no han sido pacíficas, han llevado incluso a la Corte a interpretaciones extensivas y a apoyarse en argumentos contramayoritarios para proteger a las minorías, en este caso las étnicas.

En otras palabras, "La jurisprudencia constitucional ha venido diseñando y poniendo en práctica una concepción moderna del Estado en la que el cumplimiento de los deberes sociales del Estado ocupa un lugar central en la reorganización de las instituciones públicas" (Molina, 2007, p. 241). De tal suerte, la Corte Constitucional ha discutido ampliamente la obligatoriedad de la consulta previa con las comunidades étnicas en la adopción de medidas legislativas que puedan afectar el equilibro natural de los ecosistemas existentes en sus territorios.

La discusión de fondo ha sido determinar si la consulta previa es obligatoria en toda situación que implique la toma de medidas legislativas relacionadas con la explotación de sus recursos naturales o si en ciertos casos no es obligatorio consultar.

Esto último es preocupante, pues del usufructo de un territorio adjudicado es difícil determinar sistemáticamente su impacto negativo desde un principio, sino a posteriori cuando el daño con el tiempo esté causado y lesione la condición étnica o cultural; adicionalmente, es de analizar si la consulta previa está destinada únicamente a las comunidades indígenas del territorio nacional o si puede afectar a otros grupos étnicos como afrodescendientes o raizales

No obstante, respecto a esto último se puede afirmar que el espectro de la consulta previa es amplio y los cobija, a pesar de lo cual persiste la confusión, pues la acción de protección en términos de litigio estratégico podría dirimirse a través de la consulta popular y de la consulta previa.

Es de agregar que de la lectura de bloque de constitucionalidad y constitucional que se predica en los artículos 1º, 7 y 330 de la Carta Política, sobre derechos de las comunidades étnicas, se contempla la obligación estatal de consultar a las poblaciones indígenas en materia legal, como las leyes 70 de 1993, 99 de 1993, 165 de 1994 y 1437 de 2011.

De otra parte, el ordenamiento normativo colombiano no ha establecido un instrumento jurídico vinculante de carácter legal que con fundamento en el Convenio 169 de la OIT (ratificado por Colombia mediante la Ley 21/1991) precise materias como los eventos en los cuales es obligatoria la realización de la consulta y en cuáles no; el debido proceso para la materialización del deber de consultar; el alcance de la expresión "afectación directa", contenida en el Convenio de la OIT; los límites al derecho de consulta; las consecuencias de la falta de acuerdo en el proceso de consulta; las sanciones por inaplicación de la obligación de consulta o por implementar medidas diferentes a las legítimamente acordadas con las comunidades; los principios rectores; la delimitación de las áreas geográficas; y los sujetos activos y pasivos del derecho-obligación de consulta (Cifuentes, Herrera, Mantilla & Carvajal, 2018).

Ante esta gran cantidad de carencias normativas que no han sido satisfechas por el legislador colombiano y que no pueden ser resueltas por la OIT por tratarse de asuntos que han sido dejados a la potestad interna de cada Estado en ejercicio de sus atribuciones soberanas, se han suscitado múltiples controversias entre las autoridades legislativas y administrativas, de un lado, y las comunidades étnicas, de otro (Cifuentes, Herrera, Mantilla & Carvajal, 2018).

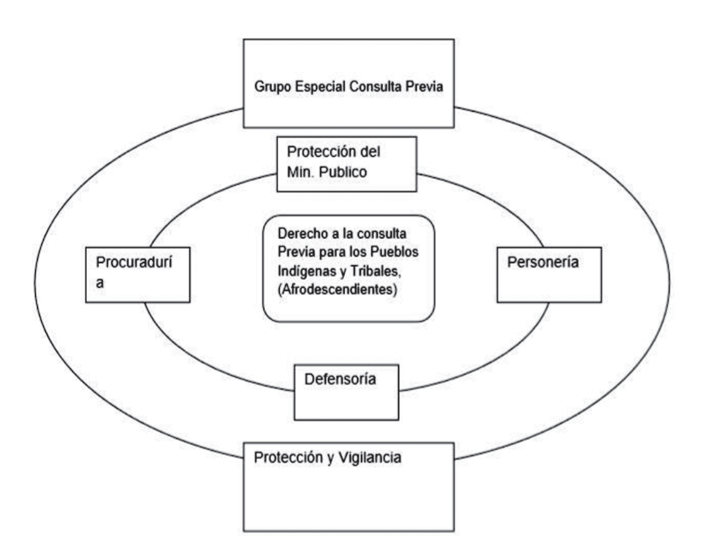
Partiendo de la lógica de la falta de una reglamentación determinada para hacer eficaz la implementación de la consulta previa en Colombia por el Congreso de la República y en consecuencia debido a su retardo legislativo, la Corte ha sustituido el papel del legislador, es decir, ha dotado de contenido normativo la Constitución a través de su jurisprudencia.

Para este fin, la Corte Constitucional colombiana, a través de una vasta jurisprudencia desarrollada en ejercicio de sus funciones y facultades constitucionales, por vía de sentencias de acciones de tutela, unificadas, de inconstitucionalidad y revisiones automáticas de leyes y actos legislativos, ha establecido un conjunto de subreglas, útiles y necesarias, para llenar los vacíos legislativos derivados de este órgano esencialmente pasivo frente a las demandas socioculturales.

Adicionalmente, el mismo poder constitucional ha reconocido la necesidad de que el desarrollo mismo de esta figura en la praxis pudiera tener como garantía reforzada el acompañamiento del Ministerio Público. En tal sentido, la Corte Constitucional en la sentencia T-129 de 2011 ha señalado que "es obligatorio que las comunidades étnicas cuenten con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación en el proceso de consulta y búsqueda del consentimiento" (Rodríguez, 2014, p. 213).

Dicha participación del Ministerio Público como garante de los procesos de consulta previa en Colombia se evidencia en síntesis en el siguiente gráfico.

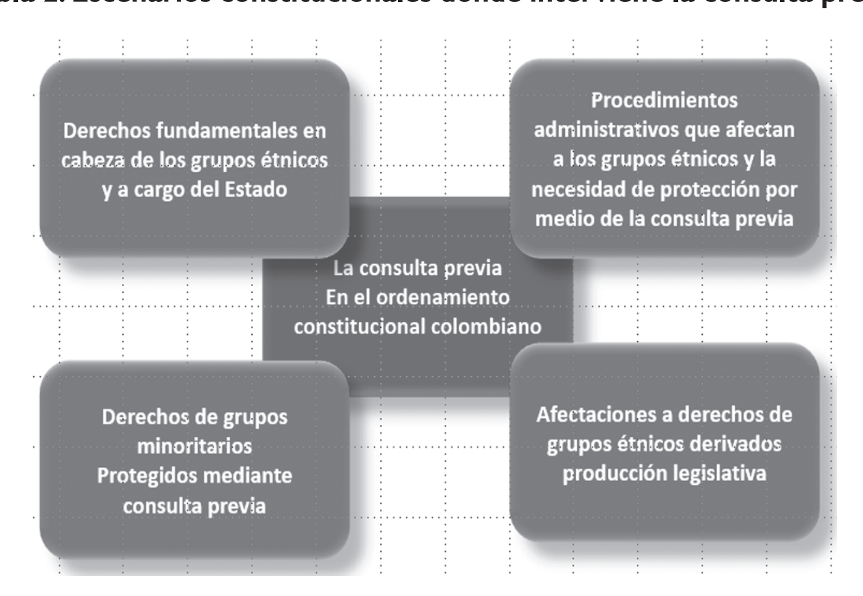
Tabla 1. Estructura del papel del Ministerio Público en la consulta previa



Fuente: Vega, 2012, p. 92.

A continuación se representa la relación en gráficas del cúmulo de jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sobre la consulta previa, la cual si bien no responde a un estudio de línea jurisprudencial, sí constituye una labor muy importante para lo que en el futuro serían varias líneas, siguiendo, como se ha dicho, el trabajo del profesor Diego Eduardo López Medina (2008).

Tabla 2. Escenarios constitucionales donde interviene la consulta previa



Fuente: Elaboración propia (2017).

Metodológicamente, las representaciones de identificación de las sentencias se dividen en dos tablas.

Tabla 3. Sentencias tipo C, T y SU que van desde el año 1992 hasta el año 2004

1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
T-428	T-380	C-129 C-221	C-225 C-315 C-418 C-477	C-139	SU-039	C-191 C-496 T-652	C-1022 T-143 T-634	C-1110	C-169 C-805	C-418 C-891	C-095 C-620 SU-383 T-955	C-245

Fuente: Elaboración propia (2017).

Tabla 4. Sentencias tipo C, T y SU que van desde el año 2005 hasta el año 2017

2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
C-1153 T-737	C-355 T-133 T-382 T-880	C-208	C-030 C-461 C-750 C-751 C-1125	C-175 C-290 C-615 T-154 T-769	C-063 C-608 C-702 C-915 C-941 T-547 T-745 T-1045[a]	C-027 C-187 C-297 C-366 C-367 C-490 C-748 C-882 C-937 T-116 T-129 T-139 T-379 T-601 T-609 T-693 T-698	C-051 C-196 C-293 C-317 C-318 C-331 C-395 C-398 C-540 C-641 C-765 C-767 C-822 C-862 C-943 C-1051 T-348 T-376 T-477 T-513	C-068 C-194 C-253 C-274 C-350 C-359 C-616 C-622 C-909 T-049 T-172 T-245 T-300 T-657 T-795 T-858	C-133 C-269 C-313 C-332 C-371 C-501 C-948 C-951 T-117 T-204 T-294 T-353 T-355 T-384[a] T-396 T-461 T-462[a] T-576	C-150 C-163 C-217 C-565 C-620 T-247 T-359 T-485 T-550 T-597 T-661 T-766	C-298 T-500 T-704 T-005 T-197	C-077 C-214 SU-097 SU-217 T-002 T-052 T-080 T-236 T-556

2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
							T-514 T-680 T-693 T-823 T-993 T-1080		T-646 T-800 T-849 T-857			

Fuente: Elaboración propia (2017).

Finalmente, con estos dos cuadros, que representan 158 sentencias sobre consulta previa en Colombia, desarrolladas en diferentes escenarios constitucionales, se podría, en el marco de un trabajo amplio, analizar a fondo las barreras legislativas o administrativas, según sea la mejor orientación del estudio.

Aproximaciones al concepto de usos judiciales

No se ha hallado conceptualización alguna sobre esta categoría, lo cual explica que literalmente no existe; no obstante, el propósito a partir de este estudio y en consecuencia en este artículo es contribuir a la construcción conceptual de lo que se deberá entender por 'usos judiciales'.

En estas circunstancias, solo hay dos cosas por hacer: de una parte, aproximarse a ella empíricamente, es decir, construirla a partir de los resultados que sobre ella se obtengan derivados de la aplicación de instrumentos de investigación. Por ello se ha denominado dicho punto como una aproximación, debido a que es prudente tal afirmación cuando se desconoce el concepto. Esto explica por qué el presente estudio sobre los 'usos juridiciales' es inicialmente diagnóstico y en coherencia con ello se ha efectuado un trabajo exploratorio en el que se conviene que no existe registro alguno de la categoría, salvo que se construya, como se ha dicho, con un instrumento validado y aplicado a la fuente primaria que por antonomasia son los jueces de la república.

De otra parte, lo que se puede hacer es conceptualizar dicha categoría a partir de una interpretación extensiva de lo que se ha reflexionado sobre el papel de los jueces. Para ello es necesario hacer varias aclaraciones metodológicas para desarrollar tal pretensión. Una de ellas estriba en el hecho de que la naturaleza de los 'usos judiciales' de los jueces depende en el estricto sentido procesal de la competencia (Quintero & Prieto, 1997) más que de la jurisdicción, pues esta es inmanente al poder de los jueces independiente de la competencia. Razón esta que permite la diferenciación sustancial entre jueces promiscuos, municipales, del circuito, magistrados de tribunales y magistrados de altas cortes.

Otra aclaración, derivada de lo anterior, es observar en dónde se acentúa en mejor forma la discusión de la consulta previa, lógicamente en las altas cortes, en especial en la Corte Constitucional, como órgano de cierre del sistema jurídico (Pulido, 2008, p. 127), es decir, como la instancia facultada para establecer los límites formales y materiales de las instituciones jurídicas.

Una tercera aclaración, por supuesto no menos importante, tiene que ver en los términos de Hanna Arendt (2009) con la condición humana; los jueces, muy a pesar de los niveles de desarrollo de su sana crítica para valorar en conjunto el desarrollo procesal derivado de su condición de juez natural, no pueden dejar de lado sus propios demonios.

Con ello se afirma que la inmortalidad judicial no existe; los jueces son de carne y hueso, son falibles y como efecto de ello los 'usos judiciales', que *a priori* son las formas de comportarse, de actuar, de practicar algo, son antropológica y sociológicamente la forma de manifestarse los hábitos y costumbres. En este caso se hace referencia al uso que los jueces hacen del ejercicio del poder jurisdiccional, o en términos más propios de las ciencias políticas, del uso que hacen del poder de decidir (no cualquier juez, el juez constitucional).

De conformidad con lo manifestado, ¿cuál es la razón que nos lleva a mirar los usos judiciales en el juez constitucional? La respuesta para el caso colombiano es obvia en estos veintiséis años de entrada en vigencia la Corte Constitucional y es esencialmente el problema de los vacíos legislativos, en los cuales le ha correspondido a la Corte llenar de contenidos normativos la Constitución y en otros casos a partir de determinados fallos trascendentales presionar al ejecutivo para el diseño de políticas públicas.

Esto último quizás se debe en gran parte a "las demandas de inconstitucionalidad y las acciones de tutela promovidas por diversos actores, que hacen posible que el juez constitucional sea un gestor en las políticas públicas y que esas personas agencien asuntos políticos mediante su participación (Henao, 2013, p. 70). O como diría Rodrigo Uprimny (2007), "en las

últimas dos décadas la justicia colombiana ha experimentado profundas transformaciones en la dinámica política. La actividad de los jueces ha tenido una gran repercusión en la evolución global del país. Colombia se ha caracterizado en este período por una importante judicialización de ciertos aspectos de la política" (p. 53).

En este sentido, como asegura Roberto Omar (2010),

(…) en todo el mundo en las últimas décadas se ha operado un cambio trascendente en el rol del juez y en el entendimiento de sus funciones, producto de un conjunto de circunstancias confluyentes en cada situación contextual. La creciente "esfumación" de la ley, por la recurrencia a preceptos "abiertos", flexibles, conceptos indeterminados, sus contrastes y "lagunas", tanto como el inmovilismo del legislador, terminan trasladando a los jueces funciones que son más propias de aquel, debiendo asumir tareas integrativas y de "suplencia judicaria". Se ven forzados a atender una demanda de justicia amplificada y cualitativamente más compleja ante requerimientos perentorios de efectividad de las garantías (pp. 47-48).

Así las cosas, las condiciones materiales de existencia de la sociedad colombiana han llevado a que el juez constitucional colombiano se convierta en actor de las políticas públicas debido inicialmente a la inercia o lentitud del legislador para atender las necesidades sociales y al "profundo desprestigio de la llamada clase política, que ha posibilitado un mayor protagonismo de los jueces, y en especial de la Corte Constitucional" (Uprimny, 2007, p. 62); y, como diría Henao (2013), por "la falta de voluntad de algunos actores para modificar condiciones sociales específicas. En otras palabras y en concordancia con lo dicho antes, la crisis se debe a que existe un déficit de implementación de las acciones del Estado colombiano de gran envergadura" (p. 71).

O como diría Cepeda (2011, citado por Henao, 2013), "el papel del juez constitucional (…) depende menos del lugar formal que le haya sido asignado y más del contenido sustancial de todo el texto constitucional y de la voluntad de sus miembros de cumplir la enaltecedora pero ingrata responsabilidad de decirle, cuando la defensa de unos principios así lo exige, no al poder" (p. 77).

Acorde con lo planteado hasta aquí, un 'uso judicial' que hace el juez constitucional tiene como consecuencia un uso político de sus decisiones, lo cual no implica desde lo político politiquería, pues el infortunio de la política es su desprestigio social como categoría; mientras que su honor y dignidad dependen fundamentalmente de la justificación racional de los jueces de la república de converger en sus decisiones el interés de las mayorías, en conciliación con los intereses de las minorías.

En suma:

"El juez constitucional colombiano ha actuado ante ciertos vacíos de poder, que recaen en la falta de satisfacción del contenido obligacional de los derechos; la cual se presenta cuando las autoridades estatales –primeras obligadas a afrontar una situación socialmente relevante– se abstienen de hacerlo o lo hacen en forma precaria e inefectiva. Es entonces ante esa crisis de gobernanza y ese déficit de implementación que la Corte ha sido llamada a intervenir. Esto tiene repercusiones importantes, entre ellas los límites que la autoridad judicial constitucional debe respetar: en su injerencia en las políticas públicas debe actuar como juez. Por ende, sin desconocer otras disciplinas, como la economía, la ecología o la ciencia política" (Henao, 2013, p. 77).

Lo dicho da cuenta de otras manifestaciones de uso judicial que hace el tercero supraordenado (Agudelo, 2007) –juez– de su labor, no solo política, sino de politólogos al análisis del poder legislativo y ejecutivo, estableciendo para ellos límites al ejercicio del poder o, como se ha dicho, llenando los vacíos del poder.

Este análisis preliminarmente explica que en lo sustancial una de las consecuencias de 'usos judiciales' es la condición política del juez, es decir, como diría Aristóteles, de su condición de animal político; por ello, requiérese para comprender al juez, advertir sobre los necesarios límites que ha de tener su voluntad subjetiva ante sus convicciones políticas y éticas que influyen en la decisión y las órdenes que emitirá (Henao, 2013, p. 77), pues su labor, como se ha demostrado hasta el momento, depende más de sus convicciones, o sea, de su postura como juez que de las reglas formales que determinan sus facultades. (Henao, 2013, p. 77).

De otra parte, aunque no distanciada del 'uso judicial' en términos políticos de las decisiones tomadas por los magistrados de la Corte Constitucional colombiana, los jueces de la república, debido a las facultades institucionales de guardianes de la Constitución Política y garantes de los derechos humanos, incurren en el trasfondo de ese control en una superación de dichas facultades para representar en el ejercicio de sus labores el activismo judicial.

Con esto vale la pena aclarar que el activismo de los jueces no es un uso judicial, sino una consecuencia o

resultado de los diferentes manejos que estos pueden dar o derivar de sus disímiles usos judiciales. No obstante, se destaca en este trabajo lo que implica el activismo judicial derivado de la labor que desempeñan los jueces constitucionales desde la atribución de la libertad (Sierra, 2010, p. 69), pues desde esta perspectiva se hace más dinámico el empleo de los usos judiciales.

Así las cosas, en cuanto al activismo judicial, en su momento Hans Kelsen en la polémica que sostuvo en el siglo pasado con Carl Schmitt, el primero de ellos manifestó la necesidad de que un gendarme cuidara la Constitución frente a sus enemigos, cuestión que en todo caso pensada hoy es esencialmente lógica.

Por su parte, el segundo consideraba que dicha potestad en el fondo representaba demasiado poder para los jueces, pues la Constitución no es solo un cuerpo normativo, también es un constructo político y en consecuencia derivado de su naturaleza se puede hacer política y caer en un gobierno de los jueces (Díaz, 2015, p. 52).

Se estima que los dos argumentos son razonables, el uno sobre la idea altruista de facultar el cuidado constitucional y el otro sobre los límites a los facultados de cuidar dicha Constitución, quienes, en últimas, probablemente se podrían quedar como señores y amos de la Constitución, determinando lo que se puede hacer o no con ella.

En esta tensión indudablemente no habría perdedores; no obstante, Carl Schmitt fue muy crítico frente a lo que ocurre hoy en el marco del constitucionalismo internacional, que les abrió las puertas a los tribunales o cortes constitucionales después de la segunda posguerra mundial, en especial en el constitucionalismo colombiano.

Frente a esto último, uno de los mayores cuestionadores de la labor interpretativa de la Corte Constitucional colombiana es el profesor Gabriel Mora Restrepo (2014), quien señala dos tensiones críticas que resumen lo planteado. En la primera indica:

“La tensión entre la Corte Constitucional y los demás órganos del poder público es consecuencia del lugar predominante que han adquirido los tribunales constitucionales, convertidos en árbitros dominantes y supremos del proceso político sobre diferentes temas (…). Baste recordar aquí la conocida expresión del Justice Jackson en el caso Brown v. Allen, de 1953 (…) No tenemos –decía– la última palabra porque seamos infalibles, sino que somos infalibles porque tenemos la última palabra” (p. 532).

La segunda tensión crítica que señala el profesor Mora (2014) está conectada con la relación del juez y la Constitución que él protege frente a sus propios enemigos, incluso él. En esta se indica:

“La segunda tensión, que tiene mucho de lo anterior, sitúa la problemática directamente en la relación entre el juez constitucional y la propia Constitución, y más detenidamente, en el conjunto de razones que los jueces expresan para definir los fallos de acuerdo con sus propios criterios e intereses, que siempre los hacen ver como criterios e intereses previstos por la propia Constitución (…). El juez constitucional parece encontrar siempre una salida ‘constitucional’ (que está de algún modo allí, sin que realmente todos lo sepamos) mediante la cual va determinando, extrayendo, limitando, condicionando, etc., las decisiones tomadas en los casos concretos” (p. 533).

El análisis de Mora Restrepo (2014), sin duda, es sociológicamente muy fuerte, revela las ganancias de los ‘usos judiciales’ de la Corte Constitucional colombiana a través de sus decisiones judiciales, las cuales, como se ha dicho hasta el momento, son notoriamente políticas y en su defecto responden a una forma radical de antiformalismo o activismo, en este caso judicial.

En tal sentido, el activismo judicial sería una de las formas más diáfanas de ver en los jueces evidenciados unos resultados derivados de los ‘usos judiciales’. En ese orden de ideas, el activismo judicial “desemboca a menudo en la participación del juez –especialmente de los Tribunales Superiores–, en la construcción de las políticas públicas. Y ello conduce a la tan delicada cuestión del deslinde entre las atribuciones judiciales y el ámbito reservado a los demás poderes” (Omar, 2010, p. 55).

De esta forma, un ‘uso judicial’ con efecto político implica una acción política en la democracia, es decir, uno de los usos judiciales de “la democracia tiene una dimensión discursiva, no exclusiva del legislador, sino también propia del quehacer judicial, cuando se ejerce mediante la representación argumentativa, una y otra no aparecen como contrapuestas, sino como complementarias, en la base de la convivencia política legítima, como instrumento para la producción de decisiones públicas” (Omar, 2010, p. 54).

Otra forma de distinción que permite comprender dichos ‘usos judiciales’, impregnados de lo político, es aquella que describe dos dimensiones de justificación y de legitimidad del juez. En la primera, obsérvase la legitimación formal que viene asegurada por el principio de legalidad y de constitucionalidad y de sujeción del juez a la ley y la Constitución; la segunda versa sobre la legitimidad sustancial que recibe la función judicial de su capacidad

de tutela o garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos (De Lourdes, s. f. p. 251), es decir, de la justificación racional de sus propios usos judiciales que descansan en las decisiones, las cuales, en palabras de Pierre Bourdieu (citado por Madrid, 2013), permiten hablar también del poder de la nominación, que se refiere a esta realidad dinámica de los actos de nominación o de institución que representa la forma por excelencia de la palabra autorizada (p. 5).

Conclusiones

En este trabajo se podría afirmar que conceptualmente ha quedado claro que la consulta previa es un derecho fundamental; sin embargo, esa categorización va más allá del reconocimiento, y en tal sentido se estima que su mayor avance es sin duda la connotación de participación de los grupos étnicos antes, durante y después de la pretensión de ejecución de un proyecto estatal o de una empresa transnacional. También es diáfano que la conceptualización que se ha construido en torno a la consulta previa es el resultado del reconocimiento de tal derecho frente a la afectación directa derivada por vía legislativa o administrativa.

En armonía con lo expuesto, también se concluye que la Corte Constitucional colombiana en los últimos 25 años ha logrado realizar un desarrollo jurisprudencial amplio sobre variopintos escenarios fácticos de protección constitucional, que van desde el reconocimiento de la consulta previa como derecho fundamental hasta la inclusión de forma extensiva de grupos minoritarios.

Adicional a lo manifestado, ha logrado la protección de los grupos étnicos a través de la justificación racional del argumento contramayoritario, el cual sin duda no cabría en la democracia representativa, incluso en la democracia participativa, las cuales en el fondo se reducen al criterio de las mayorías. La enseñanza, sin embargo, no es ver que las decisiones de la Corte Constitucional son autoritarias, que van en ocasiones en contra de las mayorías, sino que son el avance hacia un modelo de democracia deliberativa en la que deben prevalecer los derechos y la dignidad de los seres humanos sin distinción de raza u origen.

En esta misma dimensión constitucional, este trabajo presenta el más reciente inventario jurisprudencial sobre la consulta previa en Colombia, el cual demuestra que ha sido un tema de sumo interés de la agenda pública de la Corte Constitucional en los últimos años, y en consecuencia permite a partir del presente trabajo contribuir al análisis continuo de una o varias líneas jurisprudenciales sobre los alcances de la consulta previa.

Finalmente, en esta investigación se hizo una aproximación a la categoría de 'usos judiciales', de la cual, después de un agudo rastreo, no se encontraron literalmente estudios. No obstante, para dar cuenta en términos prudentes, el presente trabajo se acerca a ella mediante los diferentes análisis que se han visibilizado sobre el papel de los jueces. Para finiquitar, se ha de entender que desde los diferentes 'usos judiciales', el activismo judicial resulta ser una consecuencia de los usos judiciales que realizan los jueces constitucionales como garantes de los grupos étnicos minoritarios en Colombia. Se aclara, sin embargo, que dicho activismo es producto de los vacíos legislativos, ya sea por inercia de esta rama del poder público o por la sobredimensión del papel de los jueces encubiertos en las interpretaciones extensivas y creativas.

Referencias bibliográficas

- Agudelo, M. (2007). *El proceso jurisdiccional*. 2ª edición. Medellín. Editorial Librería Jurídica Comlibros.
- Arango, R. (2006). "El valor de la coherencia y el precedente constitucional". En *Interpretar y argumentar. Nuevas perspectivas para el derecho.* 2ª ed. Editorial. Medellín.
- Arendt, H. (2009). *La condición humana*. Buenos Aires. Editorial Paidós.
- Arias, B. (2012). "Derecho a la consulta previa, libre e informada de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos y el régimen constitucional boliviano". En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*.
- Bechara, A. Z. (2016). "Nuevos sujetos de especial protección constitucional: defensa desde la teoría principialista de los derechos fundamentales". En *Justicia*, 29, 28-44. http://dx.doi.org/10.17081/just.21.29.1231.
- Böhrt, C. (2015). "El derecho a la consulta de los pueblos indígenas, el Tribunal Constitucional y el TIPNIS". En *Revista Jurídica de Derecho.* Vol. 2 nº 3.
- Celedón, N. (2013). "En 67% de las consultas con comunidades no hay acuerdo". En Portafolio.com. Extraído de www.portafolio.co/economia/finanzas/67-consultas-comunidades-hay-acuerdo-68004.
- Charris, J. (2014). "El consentimiento libre, previo e informado como garantía de transparencia en la Administración pública". Universidad Externado de Colombia. En *Revista Derecho del Estado*, núm. 33, pp. 123-147.
- Cifuentes, G.; Herrera, B.; Mantilla, L. & Carvajal, P. (2018). La consulta previa en la jurisprudencia constitucional de Colombia: análisis de línea entre 1997-2015. En: *Justicia* Núm. 33 (24), pp. 11-36.
- De Lourdes (s. f). Del uso alternativo del derecho al garantismo: Una evolución paradójica. En https://www.google.com.co/search?rlz=1c1chwl_esco739co739&q

=del+uso+alternativo+del+derecho+algarantismo:+unaevoluciónparadójica+pormaríade+lourdes+souza+251&spell=1&sa=x&ved=0ahukewib5pzkzidyahwcscykhdhabjuqvwuiiiga&biw=1366&bih=613.

- Díaz, R. (2015). "El activismo judicial de la jurisdicción constitucional en el marco de la democracia". En *Justicia Juris*, 11(2), 50-57.
- Fuenzalida, S. (2015). "Desarrollo de la jurisprudencia en Chile sobre la consulta indígena: los casos del tribunal constitucional y la corte suprema". *Hors-série. Revue québécoise de droit international.*
- Henao, J. (2013). "El juez constitucional: un actor de las políticas públicas". En *Revista de Economía Institucional*, Vol. 15, n° 29, pp. 67-102.
- Lopera, G.; & Dover, R. (2013). "Consulta previa, ciudadanías diferenciadas y conflicto socioambiental". *Boletín de Antropología Universidad de Antioquia*, vol. 28, núm. 45.
- López, D. (2008). *El derecho de los jueces*. 2ª ed. Bogotá. Editorial Legis.
- López, R. & Mohr, T. (2014). "Susceptibilidad de afectación directa en la consulta previa del Convenio 169. Análisis de normas previstas y de su trato en la jurisprudencia. ¿Una cuestión de derecho?". *Revista de Derecho* (Valdivia). Vol. 27 n° 1.
- Madrid, A. (2013). "La inflación de los usos judiciales del término 'víctima': la jurisprudencia del Tribunal Supremo español durante los años 2011–2012. Un acercamiento sociojurídico". *Papeles del CEIC*, nº 2, pp. 1-36.
- Meriño, R. (2015). "Coloniality and Indigenous Territorial Rights in the Peruvian Amazon: A Critique of the Prior Consultation Law". Centre for Development Studies, University of Bath. Working Paper No. 38.
- Molina, C. (2007). "El rol institucional de la Corte Constitucional". En *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, Barranquilla, 28, pp. 213-242.
- Molina-Betancur, C. (2012). *La autonomía educativa indígena en Colombia*. Universitas. Bogotá (Colombia), n° 124, pp. 261-292.
- Mora, G. (2014). "El drama y la gloria de la interpretación constitucional". En *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Vol. 44, n°. 121, pp. 527-550.
- Morales, J. (2014). *La consulta previa: Un derecho fundamental.* Segunda edición. Bogotá, D. C., edición Universidad Santo Tomás; Doctrina y Ley y Universität Konstanz.
- Omar, R. (2010). "Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas". *Civil Procedure Review*, v. 1, n° 3: 46-74.
- Orduz, N. (2014). *La consulta previa en Colombia*. Documento de trabajo Instituto de Investigación en Ciencias Sociales. udp. ICSO n° 3/.
- Patiño, L. (2014). *Fundamentos y práctica internacional del derecho a la consulta previa, libre e informada a pueblos indígenas*. ACDI, Bogotá, vol. 7, pp. 69-111.
- Procuraduría General de la Nación (2014). Concepto 5716 del expediente D-9799.
- Pulido, F. (2008). "Elementos relevantes para el análisis de las sentencias de la Corte Constitucional colombiana". En *Revista Novum Jus*, vol. 2, n° 1, pp. 125-152.
- Quintero, B. & Prieto, E. (1997). "El debido proceso". En *Temas procesales*. Medellín. Núm. 21.
- Rea, S. (2015). "Derecho a la consulta y la participación de los pueblos indígenas, la experiencia constitucional en los casos de México y Chile". México. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado.* Edición Universidad Nacional Autónoma de México. Nueva serie, año XLVIII, n° 144.
- Rodríguez, F. & Tuirán, J. (2011). "La valoración racional de la prueba". En *Revista Jurídicas CUC*. Vol. 7 n° 1, pp. 191-208.
- Rodríguez, F. (2009). "Tres imperativos categóricos para una correcta decisión judicial". *Jurid.* Manizales (Colombia), 6(1): 69-78.
- Rodríguez, G. (2011). "Proyectos y conflictos en relación con la consulta previa". *Revista Opinión Jurídica.* Medellín. Universidad de Medellín.
- Rodríguez, G. (2014). *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia.* Universidad del Rosario, Corporación Alemana y Deutsche Gesellschaft für Internationale.
- Rodríguez-Burgos, K.; Martínez, A. & Rodríguez-Serpa, F. (2017). "Estudio empírico sobre los valores democráticos de tolerancia y respeto en la generación milenaria". En *Justicia*, 31, 135-150. http://dx.doi.org/ 10.17081/just.22.31.2603.
- Santamaría, A. (2016). "La consulta previa desde la perspectiva de la negociación deliberativa". En *Revista Derecho del Estado*. *Nueva serie*. Universidad Externado de Colombia.
- Schilling-Vacaflor, A. & Flemmer, R. (2013). "Why is Prior Consultation Not Yet an Effective Tool for Conflict Resolution? The Case of Peru". *GIGA* Research Programme: Legitimacy and Efficiency of Political Systems. N° 220.
- Sierra, H. (2010). "La jurisdicción constitucional de la libertad en Colombia". En *Justicia constitucional y derechos fundamentales fuerza normativa de la Constitución*. Uruguay. Edición Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho de la Universidad de Chile Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
- Uprimny, R. (2007). "La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos". En *Revista Internacional de Derechos Humanos*. N° 6. Año 4. 2007.
- Valencia, M. & Hinestroza, L. (2014). "Eficacia de la consulta previa en el trámite de licencias ambientales en el departamento del Chocó 2006-2011". En *Revista Civilizar* 14 (26).
- Vega, A. (2012). *Consulta previa a pueblos indígenas y tribales: Análisis y propuesta de legislación*. Bogotá, D. C. Universidad Nacional de Colombia Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales Maestría en Derecho.

Los entes de control en Colombia frente al siglo XXI criptomonedas y bitcóin

ENSAYO

Recibido: 13 III 2018; Aceptado: 30 IV 2018

AUTOR: ÉRICK ANDRÉS PÉREZ Á.[1]

Resumen

El surgimiento de las criptomonedas es el principal reto para la vigilancia contra la corrupción por parte de los entes de control en el siglo xxi. El presente ensayo busca resaltar la necesidad de establecer mecanismos para controlar las criptomonedas en Colombia teniendo presentes las experiencias internacionales.

Palabras claves

Entes de control, criptomonedas, *blockchain*, bitcóin, *ethereum*

Résumé

L'émergence des cryptomonnaies est le principal défi pour la surveillance contre la corruption par les entités de contrôle au 21ème siècle. Cet essai cherche met en évidence la nécessité de mettre en place des mécanismes de contrôle des cryptocurrences en Colombie, en tenant compte des expériences internationales.

Mots clés

Contrôler les entités, cryptocurrencies, blockchain, bitcoin, ethereum.

Pregunta problema

¿Cuál es el papel de las instituciones de control colombianas ante el surgimiento de las criptomonedas?

Contexto de las criptomonedas

Las criptomonedas o criptoactivos son una herramienta de intercambio electrónico surgida en la década del 2000. Cada unidad representa un valor transable a través de un código informático, único, encriptado y no replicable.

Dos son las características revolucionarias de las criptomonedas: la primera es el uso de la criptografía para generar códigos únicos e irreplicables y la segunda es el uso del *blockchain* o tecnología descentralizada de libro mayor.

El código de encriptación es creado en principio por un grupo de ingenieros que limitan la cantidad de criptomonedas que pueden existir y posteriormente estas son adquiridas por inversores privados. El valor de la criptomoneda depende en mayor medida de la confianza de las personas que decidan adquirir con su dinero los códigos emitidos (Cretarola & Figà Talamanca, 2017).

El *blockchain*[2] se refiere al método electrónico por medio del cual se lleva registro de las transacciones entre usuarios de bitcóins. Cada vez que un nodo realiza una transacción, computadoras independientes ubicadas en todo el mundo inician un proceso matemático por medio del cual desencriptan el código de esa transacción; la primera computadora en lograr la desencriptación del código les avisa a las otras computadoras en el sistema, creando un nuevo bloque en la lista de transacciones, que es validada y registrada de

[1] Magíster y especialista en Comercio Internacional de la Universidad Sergio Arboleda, profesional en Gobierno y Relaciones Internacionales de la Universidad Externado en Colombia. Profesional universitario de la Procuraduría General de la Nación del Instituto de Estudios del Ministerio Público. Correo electrónico: eperez@tutamail.com.

[2] El blockchain es una revolución tecnológica, grandes compañías como Facebook invierten en la investigación de esta herramienta.

forma colectiva por todas las computadoras parte del sistema (Bech & Garratt, 2017) (International Bank for Reconstruction and Development / the World, 2017). Esta labor es conocida como minería bitcóin.

El uso de criptomonedas, por su carácter revolucionario, ha sido extendido y hay una gama de todo tipo; las más conocidas son el bitcóin, el *ethereum*, el litecóin, ripple, miota, monero, nem (Cheng, 2018). Además de estas hay un largo etcétera de todo tipo de códigos, cada una con sus propios protocolos y métodos de encriptación, por lo que incluso cadenas de comidas rápidas como Burger King en Rusia (Browne, 2017) o Kodak (Moyer, 2018) han creado para sus clientes y usuarios su propia criptomoneda, que se les otorga por cada compra; en algunos modelos de criptomonedas estas se regalan a los usuarios por sus contribuciones.

El problema que surge con las criptomonedas es que su valor depende de variables como la confianza de los inversores (Cretarola & Figà Talamanca, 2017), su atractivo (Poyser, 2017) y el valor que se le otorgue en el mercado a la tecnología que sustente la divisa electrónica. Por tanto, es necesario recalcar que estas criptomonedas no son más que códigos en un dispositivo electrónico que fueron creados a partir de la nada por individuos desconocidos. Por consiguiente, no existe supervisión por parte de los entes de control de las instituciones estatales con respecto al uso y el mal uso de esta herramienta.

El bitcóin es, de lejos, la más popular de las criptomonedas; su creador se ha mantenido en el anonimato. El código de encriptación se estableció por medio de la función hash "sha-256"; las funciones hash fueron creadas por la Agencia Nacional de Seguridad de los Estados Unidos (NSA, por sus siglas en inglés). Estas funciones comparan un código hash, que es el esperado al código hash que se está procesando, lo cual permite establecer la integridad de la información (Bhatia & Chetan, 2017). El intercambio de bitcóins se adelanta con servidores descentralizados y su almacenamiento por parte de cada usuario se da por medio de una billetera virtual.

La billetera virtual de bitcóins es un *software* que puede ser alojado en un teléfono inteligente o un computador, el cual permite la compra y venta de productos en establecimientos comerciales y sitios web que acepten este medio de pago. Su funcionalidad se puede equiparar a la de una tarjeta electrónica cuando esta es usada con un computador o en un sitio web.

Existe la dificultad de rastrear las transacciones por parte de los entes estatales, los cuales no pueden acceder de forma libre a la información que contienen los ordenadores que soportan el sistema, ya que se encuentran descentralizados alrededor del mundo. Además, existen herramientas que buscan garantizar que las transacciones se mantengan en el anonimato.

Es necesario que los entes de control en el mundo, específicamente en Colombia, planteen soluciones con respecto al control de estos activos, que se salen de los estándares transaccionales que se ajustan a las normas locales. Ello obliga a una colaboración conjunta de los entes de control para ejercer un control que impida el mal uso de los criptoactivos.

Soluciones internacionales

Ante un mercado combinado de criptomonedas a nivel global, que se calcula en unos 170.000 millones de dólares (Wilmoth, 2017), hoy en día los Gobiernos a nivel internacional están implementando todo tipo de medidas para evitar que las transacciones con monedas electrónicas puedan ser controladas por entes estatales.

Franco (Franco, 2015, p. 35) considera que las regulaciones de dinero electrónico ya están en firme en el mundo en temas como las tarjetas de viajero frecuente o de crédito, lo que denota que no todas las regulaciones concernientes a estos temas se aplican al bitcóin o las criptomonedas.

A pesar de esta opinión, Brito & Castillo (2013) señala un área gris en materia legislativa debido a que las actuales denominaciones legales sobre monedas de curso legal, instrumentos financieros o instituciones no se les aplican a la estructura y funcionamiento del bitcóin y otras criptomonedas. Estas conclusiones también fueron compartidas por el informe de The Law Library of Congress (2014), el cual de su análisis sólo observó una regulación específica en materia de criptomonedas en Brasil y China.

Por lo tanto, ante la falta de un marco legal, las soluciones regulatorias deben ser aplicadas por distintos entes de control en cada uno de sus ámbito de competencia, entre los que se encuentran aquellos que vigilan el comercio internacional, el lavado de activos, la especulación financiera, los impuestos a nivel nacional y las actuaciones de los funcionarios públicos.

En este marco, de las medidas tomadas, son de resaltar las adelantadas por el Gobierno de los Estados Unidos por su importancia. Si bien encontramos que la ley en Estados Unidos no provee de forma

directa una regulación federal para supervisar los mercados de bitcóin y criptomonedas, las autoridades del país optaron por una regulación de las criptomonedas a través de múltiples regulaciones dispersas en diversas agencias gubernamentales (U.S. Commodity Futures Trading Comission, 2018).

Podemos dividir estas medidas en 1. Impuestos; 2. Transacciones con bitcóins y crímenes financieros; 3. Regulación del uso especulativo en bolsa y valores; y 4. Regulación de las transacciones locales e internacionales.

En primera medida encontramos los casos en los cuales se fijaron impuestos a las transacciones adelantadas por medio de los criptomonedas. Así, en la "Noticia 2014-21" del Servicio de Impuestos Internos (IRS, por sus siglas en inglés), se especifica que *"para propósitos federales, las criptomonedas son entendidas como una propiedad. Los principios generales de impuestos que aplican a las transacciones con propiedades aplican a las transacciones en las cuales se usan criptomonedas"*[3] (Internal Revenue Service, 2014).

Con esta determinación acerca la carga impositiva sobre el uso de criptomonedas, la IRS demandó ante una corte federal a la empresa Coinbase, logró acceso a la información de las personas que han realizado transacciones con criptomonedas, pero no las han reportado a la IRS (Phillips, 2017), no han realizado los debidos pagos de impuestos por las transacciones y los aumentos en el capital de las personas que se han beneficiado por el uso de criptomonedas.

En segundo lugar, los entes que se encargan de regular la banca en Estados Unidos vigilan de cerca los intercambios de monedas virtuales a través de las leyes sobre transferencias monetarias, actividad que también es vigilada en el caso de lavado de activos por agencias como la Red del Tesoro para la Vigilancia de Crímenes Financieros (FinCEN, por sus siglas en inglés) (U.S. Commodity Futures Trading Comission, 2018).

En marzo de 2013 la FinCEN entabló una política de registro como transmisores de dinero a los usuarios, administradores y negociantes de monedas electrónicas, en la que se incluirían los bitcóins (Brito & Castillo, 2013). Según dicha política, estos deberían cumplir con los requisitos de reporte y de llevar estados financieros determinados por la entidad federal.

La regulación estatal alcanza un papel internacional sobre las empresas que se dedican al intercambio de estas monedas electrónicas; por ejemplo, Bitflyer, una agencia japonesa que cuenta con autorización de operación para la realización de pagos con criptomonedas por parte de entes estatales en Japón, Europa y Estados Unidos.

En tercer lugar, la Comisión de Bolsa y Valores (SEC, por sus siglas en inglés) ha supervisado las ofertas iniciales de criptomonedas que se presentan en la jurisdicción norteamericana; a su vez, esta agencia ha denunciado diversos esquemas de pirámides que se han presentado haciendo uso del nombre bitcóin.

En Estados Unidos la Comisión de Transacciones de Futuros con Commodities (CFTC, por sus siglas en inglés) les ha otorgado permisos a empresas de futuros, como LedgerX (Chávez-Dreyfuss, 2017), para que puedan funcionar como operadores de futuros para criptomonedas, siendo la primera compañía regulada por una institución federal para que pueda ser medio de intercambio y a través de esta se puedan realizar pagos de compensación con criptomonedas en los Estados Unidos.

Importantes entes en el mercado especulativo y accionario, como el Chicago Mercantile Exchange, han ingresado a su vez al mercado de futuros del bitcóin, lo que le ha dado solidez a esta criptomoneda en las transacciones mercantiles.

Esta medida de regular el mercado de futuros beneficia tanto a los inversores como a las agencias estatales al crear un ente donde se puede asegurar el valor de las criptomonedas en el tiempo por medio del uso de instrumentos financieros como los futuros y así el Estado puede llevar un registro directo del uso de estas criptomonedas en el mercado especulativo.

Un caso a nivel internacional es de destacar: Ucrania, donde políticos de alto nivel han reportado el uso y posesión de criptomonedas como un activo intangible. Fueron declarados 21.128 bitcóins, que alcanzarían un valor de más de doscientos millones de dólares (Trustnodes, 2018). A pesar de no existir una regulación expresa por parte del Banco Nacional de Ucrania (Banco Nacional de Ucrania, 2017), estos datos revelan el uso generalizado de los criptoactivos por la dirigencia de países en el mundo, lo que exige la revisión de los entes de control político.

Valga señalar que países cerrados, como Bielorrusia, han permitido el

[3] Texto original: *"For federal tax purposes, virtual currency is treated as property. General tax principles applicable to property transactions apply to transactions using virtual currency".*

acceso y venta de bitcóins, mientras que otros países han preferido una legislación restrictiva con los proyectos de ley en Rusia que pretenden regular y controlar la producción de criptomonedas y activos digitales en los sectores financieros, controlando las criptomonedas, la minería, las ofertas de monedas y el intercambio, limitando así la cantidad de dinero que los inversores sin licencia pueden invertir en estas monedas, limitándolo a menos de 1.000 dólares.

Retos para enfrentar en Colombia

No obstante los esfuerzos que se adelantan por varios entes internacionales para controlar el uso de criptomonedas, que pueden llegar a ser ejemplo para los entes de control en Colombia, persisten las deficiencias en el país en sus capacidades tecnológicas, lo que le imposibilita abordar la nueva realidad.

Las criptomonedas no son ilegales en el país ya que no existe una regulación específica que impida su uso como un activo. De hecho, hay establecimientos comerciales que las aceptan como medio de pago; en el año 2017 se incrementó el uso del bitcóin en un 1.200 %, porcentaje de crecimiento que sólo es superado por países como China y Nigeria (Miranda, 2018).

De hecho, existen diversas compañías dedicadas al comercio de bitcóin establecidas en Colombia que llegan a hablar de establecer una red de cajeros de compra y venta de este en el país.

Es importante destacar que algunos usos que se les han dado en Colombia a estas criptomonedas han sido con fines ilícitos; en abril de 2018 el Servicio de Inmigración y Aduanas de Estados Unidos y miembros de la Guardia Civil española desarticularon una red internacional de blanqueo de capitales con bitcóins, con los que se pagaba por los narcóticos en el extranjero y luego en Colombia se vendían a pesos colombianos para luego trasladar el dinero a cuentas en el país (Deep dot Web, 2018).

Las monedas virtuales no son de curso legal en Colombia, como lo aclara la Carta Circular 29 de 2014 (26 de marzo) de la Superintendencia Financiera (Superintendencia Financiera de Colombia, 2014); a su vez, tampoco son un activo que pueda ser considerado divisa, por lo que no puede utilizarse en las operaciones que trata el Régimen Cambiario (Banco de la República, 2014). Además, *"conforme a lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley 31 de 1992, la unidad monetaria y unidad de cuenta de Colombia es el peso emitido por el Banco de la República"* (Banco de la República, 2016).

Las monedas virtuales no se emplean tampoco para las operaciones de cambio de que trata la Resolución Externa No. 8 de 2000 de la junta directiva del Banco de la República. Por tanto, "las entidades financieras y del mercado de valores que actúan como intermediarios del mercado cambiario no han sido autorizadas, en dicha condición, para emitir o vender bitcóin, conforme a lo señalado en el artículo 59 de la R. E. 8/00 y en la Circular Reglamentaria DCIN 83 del Banco" (Banco de la República, 2016).

A pesar de esto, no existe una norma que declare ilegal los bitcóins o las criptomonedas y tampoco a la fecha existen en Colombia resoluciones, actos administrativos, legislación que regule o imponga cargas impositivas de forma directa a las transacciones nacionales e internacionales con criptomonedas que pueda ser implementada por los entes como la DIAN o el Banco de la República.

Es una necesidad que los entes de control que luchan contra la corrupción y el lavado de activos se preparen para esta nueva realidad, en la cual se pueden mover millones de dólares sin pasar por el sistema bancario, todo desde la nube del sistema de criptomonedas y a un clic de distancia.

Conclusiones

Los principales bancos centrales a nivel internacional han levantado su voz para exigir medidas regulatorias de las criptomonedas o declararlas de plano ilegales. En los países del primer mundo estas han tenido libre circulación (The Law Library of Congress, 2014), por lo que la Reserva Federal ha expresado que vale la pena pensar el papel del bitcóin en la actualidad. Entes multilaterales bancarios como el Banco de Pagos Internacionales han expresado que las personas que hacen políticas públicas no pueden ignorar las criptomonedas y que estas deben ser vigiladas de cerca (Lam, 2017).

Alemania y Francia a su vez han señalado la necesidad de discutir la regulación para el bitcóin y otras criptomonedas en la próxima visita del G20 en Buenos Aires, que se realizará entre el 30 de noviembre y el 1° de diciembre del 2018 (Jones, 2018).

Se trata pues de criptomonedas con implicaciones globales cuya revolución e impacto apenas comienzan a avizorarse en el escenario económico colombiano, pero finalmente

habrá implicaciones en los cimientos del sistema monetario local y en el flujo y velocidad del dinero.

El nulo respaldo estatal en Colombia a estas monedas y su falta de regularización implican a su vez un riesgo para sus inversores de perder recursos, lo que debe mantener alerta a todos los entes de regulación. La falta de regulación tampoco ha impedido el uso de las criptodivisas en transacciones entre particulares ni la inversión en aquellas esperando el aumento de su valor.

No pueden pasar desapercibidos los usos que de estos recursos digitales se han realizado con fines ilícitos; tampoco se puede ignorar el uso creciente de estas herramientas por parte de políticos y servidores públicos, lo que obliga a los entes de control a pensar sobre qué medidas regulatorias implementar sobre las criptomonedas, para adelantarse a cualquier uso contrario a las normas legales que se puedan realizar con estas.

Referencias bibliográficas

- Banco de la República (1° de abril de 2014). Comunicado de prensa. Bogotá, D. C., 01 de abril de 2014. Bogotá.
- Banco de la República (15 de noviembre de 2016). *JDS-24732*. Obtenido de http://www.banrep.gov.co/es/contenidos/concepto-jdbr/jds-24732.
- Banco Nacional de Ucrania (11 de agosto de 2017). *Comentario del vicepresidente*. Obtenido de https://bank.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=53411806&cat_id=55838.
- Bech, M. L., & Garratt, R. (17 de septiembre de 2017). *Bank for International Settlements*. Obtenido de Bank for International Settlements: https://www.bis.org/publ/qtrpdf/r_qt1709f.htm.
- Bhatia, S., & Chetan, S. (2017). "Bitcoin: The future of money". *Journal of Engineering and Applied Sciences* (12), 6215-6218.
- Brito, J., & Castillo, A. (2013). *Bitcoin: A Primer for Policymakers*. Arlington: Mercatus Center at George Mason University.
- Browne, R. (27 de agosto de 2017). *CNBC*. Obtenido de CNBC sitio web: https://www.cnbc.com/2017/08/28/burger-king-russia-cryptocurrency-whoppercoin.html.
- Chávez-Dreyfuss, G. (24 de julio de 2017). *Reuters*. Obtenido de Reuters sitio web: https://www.reuters.com/article/us-usa-cftc-digitalcurrency/ledgerx-gets-u-s-approval-for-derivatives-on-digital-currencies-idUSKBN1A92FZ.
- Cheng, E. (2 de enero de 2018). *CNBC*. Obtenido de CNBC sitio web: https://www.cnbc.com/2018/01/02/theres-a-new-hottest-coin-of-2018-so-far-stellar.html.
- Cretarola, A., & Figà Talamanca, G. (1° de febrero de 2017). Obtenido de https://arxiv.org/pdf/1702.00215.pdf.
- Deep dot Web (21 de abril de 2018). *Spanish Police Smash a Bitcoin Criminal Gang–11 Arrested Over Money Laundering*. Obtenido de https://www.deepdotweb.com/2018/04/21/spanish-police-smash-a-bitcoin-criminal-gang-11-arrested-over-money-laundering/.
- Franco, P. (2015). *Understanding Bitcoin: Cryptography, Engineering and Economics*. West Sussex: Wiley.
- Internal Revenue Service. (2014). *IRS*. Obtenido de IRS sitio web: https://www.irs.gov/pub/irs-drop/n-14-21.pdf.
- International Bank for Reconstruction and Development / the World (2017). *World Bank Group*. Obtenido de World Bank Group sitio web: http://documents.worldbank.org/curated/en/177911513714062215/pdf/122140-WP-PUBLIC-Distributed-Ledger-Technology-and-Blockchain-Fintech-Notes.pdf.
- Jones, H. (12 de marzo de 2018). *Reuters*. Obtenido de Reuters sitio web: https://www.reuters.com/article/us-crypto-currencies-bis/central-banks-told-to-think-twice-before-boarding-bitcoin-bandwagon-idUSKCN1GO2JX.
- Lam, E. (14 de diciembre de 2017). *Blomberg*. Obtenido de Blomberg Technology: https://www.bloomberg.com/news/articles/2017-12-15/what-the-world-s-central-banks-are-saying-about-cryptocurrencies.
- Miranda, B. (6 de marzo de 2018). *BBC*. Obtenido de BBC sitio web: http://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-43219365.
- Moyer, L. (10 de enero de 2018). *CNBC*. Obtenido de CNBC sitio web: https://www.cnbc.com/2018/01/10/kodak-shares-have-more-than-tripled-since-announcing-kodakcoin.html.
- Phillips, K. (29 de noviembre de 2017). *Forbes*. Obtenido de Forbes sitio web: https://www.forbes.com/sites/kellyphillipserb/2017/11/29/irs-nabs-big-win-over-coinbase-in-bid-for-bitcoin-customer-data/#7ab76477259a.
- Poyser, O. (junio de 2017). Obtenido de https://arxiv.org/ftp/arxiv/papers/1706/1706.01437.pdf.
- Superintendencia Financiera de Colombia. (26 de marzo de 2014). *Superfinanciera*. Obtenido de Superfinanciera sitio web: https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/10082781.
- The Law Library of Congress (2014). *Regulation of Bitcoin in Selected Jurisdictions*. Washington: Global Legal Research Center.
- Trustnodes (16 de enero de 2018). *Ukrainian Politicians Declare $200 Million Worth of Bitcoin and Bitcoin Cash Holdings*. Obtenido de Trustnodes.com: https://www.trustnodes.com/2018/01/26/ukrainian-politicians-declare-200-million-worth-bitcoin-bitcoin-cash-holdings.
- U.S. Commodity Futures Trading Comission (4 de enero de 2018). *CFTC*. Obtenido de CFTC sitio web: http://www.cftc.gov/idc/groups/public/@newsroom/documents/file/backgrounder_virtualcurrency01.pdf.
- Wilmoth, J. (31 de agosto de 2017). *CCN*. Obtenido de CCN sitio web: https://www.ccn.com/record-4711-bitcoin-price-lifts-market-170-billion/.

La libertad por vencimiento de términos de personas procesadas por delitos de especial gravedad cometidos contra niños, niñas y adolescentes: ¿Derecho o beneficio?

ENSAYO

Recibido: 2 II 2018; Aceptado: 2 IV 2018

AUTOR: GUSTAVO BARBOSA N.[1]

Resumen

¿La libertad por vencimiento de términos es un derecho o un beneficio? Procede para personas procesadas por los delitos relacionados en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 (homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa y delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales o secuestro cometidos contra niños, niñas y adolescentes). ¿Se comprende la diferencia entre entender la libertad por vencimiento de términos como derecho o como beneficio? Estos son los interrogantes principales que aborda el presente artículo, que incluye, para un mejor entendimiento del tema, una línea jurisprudencial de las tesis predominantes que ha manejado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia desde la expedición de la Ley 1098 de 2006 hasta la fecha, analizando las tres fases interpretativas acogidas por dicha Corporación Judicial.

Palabras claves

Libertad, debido proceso penal, bloque de constitucionalidad, principio *pro infans*, jurisprudencia.

Introducción y problema jurídico

El contenido del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 ha generado una gran controversia en la jurisprudencia penal, planteando el siguiente problema jurídico: *¿Resulta procedente conceder la libertad por vencimiento de términos a personas procesadas por los delitos relacionados en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 (homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa y delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales o secuestro cometidos contra niños, niñas y adolescentes)?* Este es precisamente el interrogante que, desde la expedición de la Ley 1098 de 2006, han debido afrontar la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y a nivel nacional todos los jueces de la república en todas las especialidades al conocer de la acción constitucional de *habeas corpus*.

El interrogante planteado ha suscitado un razonable debate jurídico que actualmente continúa vigente, pues

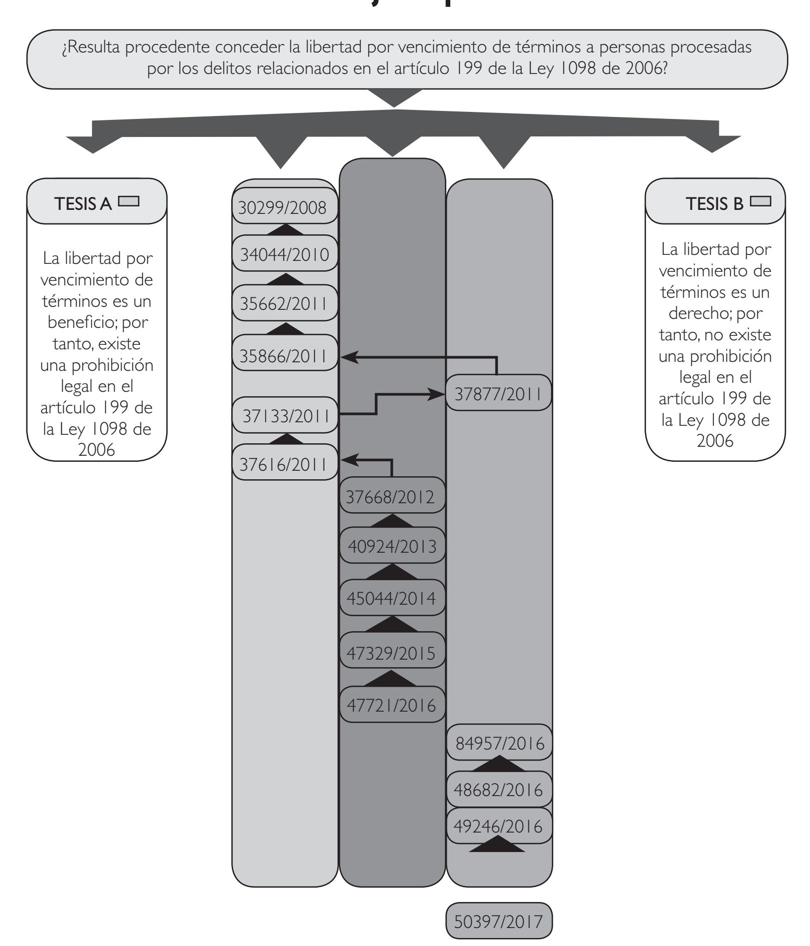
1. De un lado de la balanza encontramos el derecho de un ciudadano a ser juzgado en un plazo razonable, lo que se traduce en una garantía fundamental inherente al debido proceso penal; por ello el legislador, en el procedimiento penal de tendencia acusatoria acogido mediante la Ley 906 de 2004, previó un plazo razonable

[1] Abogado de la Universidad Nacional de Colombia, especialista en Instituciones Juridicopenales de la misma Universidad y magistrando en Derecho Penal de la Universidad Libre de Colombia. Durante su práctica judicial ha ocupado los cargos de juez primero penal municipal de Leticia (Amazonas), juez segundo penal del circuito de Soacha (Cundinamarca), juez penal del circuito de Zipaquirá (Cundinamarca) y procurador 256 judicial penal, cargo que actualmente desempeña tras ingresar a la institución mediante concurso de méritos. Igualmente, ha tenido la oportunidad de ejercer la docencia universitaria en distintas instituciones educativas. Correos electrónicos: gustavbn@hotmail.com y gbarbosa@procuraduria.gov.co.

para limitar la duración de una medida de aseguramiento privativa de la libertad de una persona sindicada de haber ejecutado una conducta punible, término taxativamente establecido en el artículo 317 del estatuto procesal en cita (modificado por el artículo 4º de la Ley 1760 de 2015 y el artículo 2º de la Ley 1786 de 2016), en concordancia con los artículos 175 y 294 de la misma normatividad (modificados por los artículos 49 y 55 de la Ley 1453 de 2011, respectivamente).

2. Del otro, la necesidad de que el aparato estatal pueda ejercer la acción penal con eficacia y eficiencia, evitando que delitos de tanta trascendencia como el homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa y delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales o secuestro cometidos contra niños, niñas y adolescentes queden en la impunidad, salvaguardando el interés superior del menor como sujeto de especial protección constitucional, como lo demanda el artículo 44 constitucional, cuyo inciso final reza: "Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás" y advierte que "Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia".

2. Gráfica de la línea jurisprudencial



ENSAYO

Résumé

La liberté par l'expiration des termes est-elle un droit ou un avantage? Produit pour les personnes poursuivies pour les infractions énumérées à l'article 199 de la loi 1098 de 2006 (homicide ou blessure personnelle sous la forme délibérée, crimes contre la liberté, l'intégrité et la formation sexuelle, ou enlèvement, commis contre des enfants et des adolescents). La différence entre la compréhension de la liberté par l'expiration des termes est-elle un droit ou un avantage? Telles sont les principales questions abordées dans cet article, qui comprend, pour une meilleure compréhension, une ligne jurisprudentielle des thèses prédominantes traitées par la Chambre de cassation pénale de la Cour suprême de justice depuis la promulgation de la Loi 1098 du 2006 à ce jour, en analysant les trois phases d'interprétation acceptées par ladite société judiciaire.

Mots clés

Liberté, procédure pénale régulière, bloc de constitutionnalité, principe pro infans, jurisprudence.

3. Análisis jurisprudencial (planteamiento de las tesis)

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se ha dividido en dos etapas; la primera de ellas, cabe aclarar, incluye una fase intermedia que marcó una pauta orientada a variar el criterio interpretativo frente al alcance constitucional del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006:

Tesis A

Prevalencia de los derechos del menor como sujeto de especial protección constitucional; esto suponía una interpretación restrictiva frente a la posibilidad de conceder la libertad por vencimiento de términos a personas procesadas por los delitos relacionados en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 (esta primera etapa se puede dividir en dos fases: la primera correspondió a una de interpretación exegética conforme a la cual existía una prohibición legal, y una segunda, que, a pesar de mantener la postura inicial, se sustentó en la existencia de una prohibición supralegal a partir de una interpretación hermenéutica del texto legal, la Constitución y los tratados internacionales suscritos por Colombia).

Tesis B

Armonización concreta de los derechos del menor y del procesado, que se traduce en entender la libertad por vencimiento de términos como un derecho y no como un beneficio, por lo cual resulta viable su concesión ante la ausencia de una justificación constitucional válida para negarla; el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 no la restringe.

3.1 Jurisprudencia conforme a la cual no procede la libertad por vencimiento de términos para las personas procesadas por los delitos relacionados en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006

El primer pronunciamiento efectuado por la Corte Suprema de Justicia frente al tema aquí abordado data del 17 de septiembre de 2008, lo encontramos contenido en la providencia de radicado 30299, M. P.: Sigifredo de Jesús Espinosa Pérez, oportunidad en la cual se estableció que el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 en su numeral 8º consagraba una prohibición legal para que los jueces concedieran la libertad por vencimiento de términos para las personas procesadas por los delitos relacionados en dicho articulado (homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa y delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales o secuestro cometidos contra niños, niñas y adolescentes), precepto legal cuyo texto indica: "Tampoco procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva".

Al pronunciarse sobre una acción constitucional de habeas corpus el 28 de abril de 2010, radicado 34044, M. P.: Jorge Luis Quintero Milanés (sentencia hito fundadora de la primera fase de interpretación), la Corte profundizó sobre el tema, al indicar: *"La negativa de la libertad provisional con apoyo en los razonamientos reseñados no significa el desconocimiento del principio de presunción de inocencia, sino que respeta la libertad de configuración legislativa, así como los intereses prevalentes de los menores de edad, víctimas de abuso sexual y de otras conductas punibles"*.

Desde entonces la Corte fundamentó lo que sería su jurisprudencia hasta el 2012 en una interpretación exegética basada en un método interpretativo histórico con cimientos en la exposición de motivos de la norma analizada para medir su alcance, definiendo que la intención del legislador fue la de negar rebajas punitivas, subrogados penales, medidas alternativas a la pena de prisión o cualquier "otro beneficio" (categoría dentro de la cual se incluyó la libertad por vencimiento de términos) a los responsables de conductas punibles contra la integridad física, moral y sexual de los niños y niñas, interpretación que acogió, se reitera, a partir de la exposición de motivos del máximo órgano legislativo colegiado al producir la norma analizada[2].

Esta línea de pensamiento fue replicada en las sentencias de habeas corpus del 24 de enero de 2011, radicado 35662, M. P.: José Leonidas Bustos Martínez, y del 16 de febrero de 2011, radicado 35866, M. P.: Fernando Alberto Castro Caballero.

Empero, en la acción de habeas corpus fechada 18 noviembre de 2011, radicado 37877, M. P.: Sigifredo de Jesús Espinosa Pérez, por primera vez la Corte abordó el tema efectuando un estudio hermenéutico del alcance

[2] *Gaceta del Congreso de la República de Colombia 551 del 23 de agosto de 2005: "Por ello el país tiene una deuda con los niños y niñas que son víctimas de los vejámenes más atroces, lo que hace necesario proveer normas persuasivas que impongan sanciones severas contra los adultos que los maltraten y que cometan delitos contra ellos y ellas. (…) En aras de la prevalencia de los derechos de los niños se hace imperativo aumentar las penas de los delitos en los que haya una víctima menor de edad, así como negar los beneficios jurídicos establecidos en la ley penal, salvo los de orden constitucional, para quienes cometan delitos contra los niños y las niñas"* (subrayado fuera del texto original).

constitucional de la norma, apartándose de la postura predominante (interpretación legal) y advirtiendo que la postura acogida por la Corte frente al alcance del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 desconocía derechos fundamentales del acusado[3]. Esa decisión fue excepcional durante este período y no tuvo mayor desarrollo.

Posteriormente se producen otros dos pronunciamientos relevantes que confirman la interpretación que acogió la Corte en su primera fase (prohibición legal), reafirmando que el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 contenía la ya mencionada prohibición legal, ambas producidas en pronunciamientos de habeas corpus (escenario propicio para el desarrollo de este tipo de debate jurídico), la primera del 5 de agosto de 2011, radicado 37133, M. P.: Fernando Alberto Castro Caballero, y la segunda del 10 de octubre de 2011, radicado 37616, M. P.: Luis Guillermo Salazar Otero.

En sentencia de casación del 30 de mayo de 2012, radicado 37668, M. P.: María del Rosario González Muñoz (sentencia dominante y sentencia hito fundadora de la segunda fase de interpretación), la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia efectuó el primer pronunciamiento fuera de la sede de la acción constitucional de habeas corpus, dando inicio a una segunda fase interpretativa (interpretación supralegal), decantando que en aras de la efectiva protección del interés superior del niño (principio pro infans), concatenado al deber de salvaguardar sus derechos que le asiste a todo funcionario juridicial, resultaba improcedente la concesión de la libertad por vencimiento de términos para las personas procesadas por el catálogo de delitos a los que hace expresa referencia el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006[4].

¿Por qué esta segunda fase implica una interpretación supralegal? Porque examina el alcance del contenido normativo conforme a una interpretación hermenéutica del texto constitucional (Bloque de Constitucionalidad) decantando que la norma objeto de estudio sí contenía una restricción explícita que hacía improcedente la libertad por vencimiento de términos en las hipótesis señaladas en la norma objeto de estudio, y reconoce por primera vez que tal prebenda (la libertad por vencimiento de términos) es un derecho y no un beneficio.

Esta tesis encuentra su sustento en que el artículo 44 de la Carta Política pregona la protección superior que el Estado debe garantizar al menor de edad como sujeto de especial protección constitucional[5], en concordancia con el preámbulo y los artículos 1º, 2º y 13 de la Constitución Política[6], haciendo efectivos los compromisos adquiridos por el Estado colombiano mediante la adopción de diversos instrumentos jurídicos internacionales[7], entre los cuales resalta la Corte (i) el artículo 7º de la Carta Internacional de Derechos Humanos[8]; (ii) el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[9]; (iii) el artículo 2º de la Declaración de los

---

3 *"Estima necesario esta oficina hacer claridad que la interpretación dada al pronunciamiento anterior de la Corte (en el cual se precisa la inexistencia de beneficios procesales para quienes ejecutan delitos contra menores de edad, de acuerdo con lo regulado en la Ley 1098 de 2006) no corresponde al texto, finalidades y espíritu de lo precisado por la Sala, pues resulta un exabrupto señalar, como se hace en el habeas corpus que sirvió de sustento al Tribunal para negar –a título de argumento subsidiario– la libertad del procesado, que en los casos de menores víctimas deben desconocerse derechos fundamentales del acusado, como el de excarcelación cuando se vencen términos"* (subrayado fuera del texto original) (p. 31).

4 *"Sobre el particular, ciertamente la Sala en la decisión que sirvió de fundamento para negar el derecho a la liberación perseguido, señaló que cuando se trate de delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales o secuestro cometidos contra niños, niñas y adolescentes, se aplicarán las distintas exclusiones de beneficios excarcelatorios contemplados en el Código de la Infancia y la Adolescencia contenido en la Ley 1098 de 2006, bajo el entendido que el precepto 199 también comprende las concernientes a la libertad provisional, que en virtud de la prevalencia de los derechos de los menores (art. 44 de la Constitución Política), se ve restringida por así disponerlo el numeral 8 y parágrafo de esta norma, en forma tal que a las personas imputadas, acusadas o condenadas por esa clase de reatos en que como se dijo sean sujetos víctimas infantes y adolescentes, no les sea concedido ningún tipo de beneficio, rebaja o prebenda legal o administrativa, salvo los beneficios por colaboración eficaz únicos admitidos por la propia ley"* (p. 41).

5 Se acoge la sentencia de tutela de la Corte Constitucional T-408 de 1995: *"Esta nueva visión del menor se justificó tanto desde una perspectiva humanista –que propende a la mayor protección de quien se encuentra en especiales condiciones de indefensión–, como desde la ética que sostiene que solo una adecuada protección del menor garantiza la formación de un adulto sano, libre y autónomo. La respuesta del derecho a estos planteamientos consistió en reconocerle al menor una caracterización jurídica específica fundada en sus intereses prevalentes. Tal reconocimiento quedó plasmado en la Convención de los Derechos del Niño (artículo 3.º) y, en Colombia, en el Código del Menor (Decreto 2737 de 1989). Conforme a estos principios, la Constitución Política elevó al niño a la posición de sujeto merecedor de especial protección por parte del Estado, la sociedad y la familia (artículos 44 y 45)"* (p. 41).

6 *"Pues resquebrajaría la efectividad de los derechos de los menores y rompe la función otorgada a las autoridades no proteger adecuadamente sus derechos y libertades. Adicionalmente, tiene en cuenta que por ser las víctimas personas menores de edad, requieren un análisis sobre la igualdad material para, según el artículo 13 de la Constitución Política, protegerlas de forma especial, atendiendo sus condiciones de inferioridad"* (p. 49).

7 *"La prohibición de conceder el beneficio de libertad, además, se acompasa con instrumentos internacionales suscritos por el Estado colombiano en esta materia, a partir de los cuales surge imperativo la protección especial que se debe brindar a los menores, especialmente cuando son víctimas de delitos"* (p. 45).

8 *"Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación"* (p. 46).

9 *"Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado"* (p. 46).

Derechos del Niño de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1959[10]; (iv) el artículo 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño, Asamblea General de las Naciones Unidas de 198811; (v) la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño; (vi) los artículos 23 y 24 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966; y (vii) el artículo 10 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, citando adicionalmente (viii) el artículo 7º literal b) de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; y (ix) la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

Esta doctrina jurisprudencial siguió marcando una pauta sólida en pronunciamientos posteriores, entre los que destacan las sentencias de habeas corpus del 13 de marzo de 2013, radicado 40924, M. P.: José Leonidas Bustos Martínez; del 24 de noviembre de 2014, radicado 45044, M. P.: Gustavo Enrique Malo Fernández; del 18 de diciembre de 2015, radicado 47329, M. P.: Eugenio Fernández Carlier; y del 11 de marzo de 2016, radicado 47721, M. P.: Éyder Patiño Cabrera[12].

3.2 Jurisprudencia conforme a la cual procede la libertad por vencimiento de términos para las personas procesadas por los delitos relacionados en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006

Con la sentencia de tutela del 26 de abril de 2016, radicado 84957, M. P.: José Francisco Acuña Vizcaya (sentencia dominante y sentencia hito fundadora de la variación jurisprudencial), la Corte Suprema de Justicia se apartó de la jurisprudencia que había venido reiterando hasta hace relativamente poco (11 de marzo de 2016, radicado 47721), pronunciamiento que implicó un cambio de paradigma frente a la interpretación hermenéutica del contenido del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 al expresar: *"No existe una prohibición legal para que los jueces de control de garantías reconozcan a los procesados por delitos sexuales contra menores de edad, cobijados con medida de detención preventiva, la libertad provisional por vencimiento de términos (…) En ese orden, la existencia de una prohibición legal –primera fase de la línea jurisprudencial– o derivada de las normas constitucionales* e *internacionales sobre la protección de los niños, niñas y adolescentes –segunda fase de la línea jurisprudencial– no es un argumento válido para negar a los procesados la libertad provisional por vencimiento de términos, puesto que las motivaciones que sustentaron cada una de las orientaciones reseñadas en los numerales 4.1 y 4.2 fueron revaluadas y refutadas en las sentencias del 02 de julio de 2015 rad. 80488 STP8442-2015 y 20 de abril de 2016 rad. 85216 STP4883-2016"*[13].

A partir de tal concepción, definió la Corte varias subreglas para interpretar el contenido del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006[14]; así, concluyó que la restricción de conceder la libertad ante el vencimiento de los términos que establecen los artículos 175, 294 y 317 de la Ley 906 de 2004, fundada en una aparente prohibición legal contenida en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 (Código de la

[10] *"El niño gozará de protección especial para que pueda desarrollarse física, mental, moral y socialmente, en condiciones de libertad y de dignidad, sea cual fuere su color, sexo, idioma, religión, etc."* (p. 46).

[11] *"En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas, se atenderá el interés superior del niño"* (p. 46).

[12] Pronunciamiento que destaca al advertir que si bien en la acción de habeas corpus del 18 noviembre de 2011, radicado 37877, M. P.: Sigifredo de Jesús Espinosa Pérez, indicó que *"no era procedente aplicar el artículo 199 de la Ley 1908 de 2006 para negar la libertad por vencimiento de términos"*, lo cierto es que *"esa decisión (tomada al interior de una acción de hábeas corpus), no tiene la fuerza vinculante suficiente para diluir los efectos de una determinación adoptada por el Pleno de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, esto es, CSJ SP 30 de mayo de 2012, radicado 37668"* (p. 11).

[13] Cabe precisar que la sentencia de tutela del 02 de julio de 2015, radicado 80488, M. P.: José Luis Barceló Camacho, y la del 20 de abril de 2016, radicado 85216, M. P.: Luis Antonio Hernández Barbosa, estudiaron un debate parecido pero referido a la prohibición legal contenida en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, conclusiones acogió la Corte para definir si el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 incluye una prohibición para conceder la libertad por vencimiento de términos: *"así el derecho a la libertad no sea de aquellos denominados intangibles, característica que sí tiene el debido proceso, lo dispuesto en los pactos internacionales no puede ser motivo de suspensión sin previa declaración de un estado de excepción (…) Y, ciertamente, no puede comprender la exclusión del derecho a ser juzgado en un plazo razonable o ser puesto en libertad por las razones que ya se expresaron y porque este es un derecho y no un beneficio, discusión que de ninguna manera es 'bizantina' (…) no debe olvidarse que en tratándose de libertad, la interpretación de las disposiciones legales debe ser restrictiva y su aplicación necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales (artículo 295 de la Ley 906 de 2004)"* (p. 32 del radicado 84957).

[14] *"i) El enunciado 'ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo", contenido en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006 y el numeral 8º del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, no puede ser empleado, dada su amplitud, para eliminar la posibilidad de aplicar cualquier instituto que pueda favorecer al procesado; ii) Las disposiciones legales que preventivamente autorizan la privación o restricción de la libertad del imputado son excepcionales y su interpretación restrictiva, de conformidad con el artículo 295 de la Ley 906 de 2004; iii) El derecho al plazo razonable se encuentra reconocido en los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por Colombia y, por tal motivo, su validez no puede ser suspendida sin previa declaración de un estado de excepción; iv) Por esa misma razón, es un derecho y no un beneficio; v) Finalmente, frente a los argumentos expuestos por los jueces de instancia e intervinientes dirigidos a señalar que, de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales sobre la materia, existe una prohibición de orden superior para conceder cualquier beneficio –léase derechos– a los condenados por delitos sexuales en contra de niños, niñas y adolescentes, se impuso la tesis de que la protección de las garantías fundamentales de los menores de edad no puede traducirse en la negación absoluta de los derechos básicos de los condenados"* (p. 46).

Infancia y la Adolescencia), no resulta *"convencional ni constitucionalmente válida"* acorde con el principio de dignidad humana y los derechos fundamentales al debido proceso (ser juzgado en un plazo razonable) y a la libertad, destacando que el artículo 8º numeral 1º de la Convención Americana de Derechos Humanos y los artículos 29 y 228 de la Constitución Política involucran imperativamente la observancia de los términos judiciales[15].

Como sustento convencional (Bloque de Constitucionalidad) de tal postura, la Corte destaca (i) el artículo 9º numeral 3º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968)[16], y (ii) el artículo 7º numeral 5º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Ley 16 de 1972)[17].

Esta postura jurisprudencial se ha mantenido incólume en los pronunciamientos más recientes de la Corte sobre el tema, entre ellos destacan los habeas corpus del 22 de agosto de 2016, radicado 48682, M. P.: José Francisco Acuña Vizcaya; del 16 de noviembre de 2016, radicado 49246, M. P.: José Luis Barceló Camacho; y del 01 de junio de 2017, radicado 50397, M. P.: Patricia Salazar Cuéllar (sentencia arquimédica). Este último se ocupa de abordar el tema desde la modificación del artículo 2º de la Ley 1786 de 2016, advirtiendo que aunque no implica la derogatoria tácita del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, no puede predicarse la existencia de una prohibición legal para conceder la libertad ante el vencimiento de términos a las personas procesadas por los delitos allí relacionados.

4. Conclusiones

Los delitos relacionados en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 son considerados de especial gravedad porque implican una grave afrenta a ese interés jurídico superior que el constituyente elevó a una categoría privilegiada, advirtiendo la necesidad de proteger con especial énfasis a los niños, niñas y adolescentes contra lesiones graves a su vida, integridad personal, libertad e integridad sexual, bienes jurídicos que el autor de las conductas descritas en la norma objeto de estudio lesiona por voluntad propia (por ello sólo incluye delitos de carácter doloso), resaltando así la necesidad de tutela de estos.

De tal forma, el interés superior de salvaguardia que se predica respecto a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de especial protección según el apartado constitucional, acorde con una primera fase de interpretación jurisprudencial efectuada por la Corte Suprema de Justicia, justificaba la restricción de conceder la libertad por vencimiento de términos a personas procesadas por los delitos relacionados en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 (homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa y delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales o secuestro cometidos contra niños, niñas y adolescentes).

De una parte, esta primera tesis se sustentó en el principio pro infans, y a partir de su contenido la Corte construyó una línea jurisprudencial conforme a la cual la restricción de la libertad de personas procesadas por los delitos relacionados en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 hasta la culminación del proceso se encontraba justificada.

Empero, con sustento en el principio de dignidad humana[18], en concordancia con los derechos fundamentales al debido proceso (ser juzgado en un plazo razonable) y libertad, aunado a los criterios de razonabilidad[19] y pro-

[15] Cita las sentencias de la Corte Constitucional T-450 de 1993, T-368 de 1995 y T-518 de 2014: *"el principio de celeridad que es base fundamental de la administración de justicia debe caracterizar los procesos penales (…) lo anterior nos lleva a concluir que frente al desarrollo del proceso penal, se deben aplicar las disposiciones sobre fijación de términos en desarrollo del principio de respeto a la dignidad de la persona, como límite a la actividad sancionadora del Estado"* (p. 38).

[16] *"Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución de fallo"* (p. 39).

[17] *"Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio"* (p. 39).

[18] El artículo 1º de la Constitución Política de Colombia de 1991 reconoce como principio fundamental la dignidad humana: *"Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general"* (subrayado fuera del texto original).

[19] Corte Constitucional, sentencia C-022 de 1996: *"El 'test de razonabilidad' es una guía metodológica para dar respuesta a la tercera pregunta que debe hacerse en todo problema relacionado con el principio de igualdad: ¿cuál es el criterio relevante para establecer un trato desigual? O, en otras palabras, ¿es razonable la justificación ofrecida para el establecimiento de un trato desigual? (…) La teoría jurídica alemana, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, ha mostrado cómo el concepto de razonabilidad puede ser aplicado satisfactoriamente sólo si se concreta en otro más específico, el de proporcionalidad. El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado"* (p. 01).

porcionalidad[20], la Corte Suprema de Justicia varió la postura que inicialmente había mantenido por aproximadamente diez años, definiendo que la libertad ante el vencimiento de términos resultaba procedente por constituir un derecho ratificado igualmente por diversos instrumentos jurídicos internacionales.

5. Análisis personal (crítica)

El problema jurídico planteado ha sido objeto de constante controversia para los jueces, quienes han interpretado que el debate jurídico del cual se ocupa esta línea jurisprudencial consiste en determinar mediante la aplicación de un test de razonabilidad y proporcionalidad qué derechos de los entrabados en el debate deben predominar: (i) los derechos del ciudadano procesado por esta categoría de delitos, o (ii) los derechos del menor víctima de los citados delitos.

Y, aún actualmente, pese a la variación jurisprudencial de la Corte sobre el tema, no son pocos los jueces que continúan predicando que el interés superior del menor y la categoría (gravedad) de los delitos relacionados en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 justifican la restricción de la libertad aun ante el vencimiento de los términos que el legislador previó en la Ley 906 de 2004, lo que se traduce en decisiones judiciales que niegan la concesión de la libertad.

De tal forma, el problema se torna complejo si se tiene en cuenta que diversos instrumentos internacionales (que a las voces del artículo 93 de la Constitución[21] hacen parte del bloque de constitucionalidad y permean la actuación penal[22]) respaldan una y otra postura jurisprudencial, como resultó diáfano al desarrollar la presente línea jurisprudencial.

Cabe insistir que, en el presente caso, lo destacable no es la línea jurisprudencia como tal, sino el análisis de la interpretación que los jueces han hecho del tema aquí abordado, y que ha repercutido en forma importante en el desarrollo del proceso penal seguido por los delitos aquí estudiados en los que son víctimas menores de edad. Tanto que la Corte Suprema de Justicia observó la necesidad de efectuar una variación jurisprudencial bajo una reinterpretación del alcance de los derechos de los menores como sujetos de especial protección, en contraste con los derechos que le asisten a todo ciudadano incurso en una actuación penal, todo ello sustentado en los más caros de los principios: la dignidad humana y el debido proceso, postura jurídica (tesis B) que comparto y observo más cercana a los fines constitucionales que deben permear la actuación procesal en el desarrollo del proceso penal instaurado mediante la expedición de la Ley 906 de 2004. Resta hacer un llamado a todos los operadores judiciales para que permeen sus decisiones con lo aquí expuesto y, bajo la óptica de un estudio serio y juicioso de la norma, acojan la interpretación más afín a los postulados constitucionales que rigen su labor: la de administrar justicia.

Referencias bibliográficas

- Constitución Política de Colombia de 1991, edición 37, Bogotá, D. C., Colombia, Editorial Legis.
- Corte Constitucional, sentencia C-022 de 1996, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional, sentencia C-470 de 2011, Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.
- Corte Constitucional, sentencia C-695 de 2013, Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.
- Corte Suprema de Justicia, habeas corpus del 01 de junio de 2017, radicado 50397, Magistrada Ponente: Patricia Salazar Cuéllar.
- Corte Suprema de Justicia, habeas corpus del 05 de agosto de 2011, radicado 37133, Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero.
- Corte Suprema de Justicia, habeas corpus del 10 de octubre de 2011, radicado 37616, Magistrado Ponente: Luis Guillermo Salazar Otero.
- Corte Suprema de Justicia, habeas corpus del 11 de marzo de 2016, radicado 47721, Magistrado Ponente: Éyder Patiño Cabrera.
- Corte Suprema de Justicia, habeas corpus del 13 de marzo de 2013, radicado 40924, Magistrado Ponente: José Leonidas Bustos Martínez.
- Corte Suprema de Justicia, habeas corpus del 16 de febrero de 2011, radicado 35866, Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero.
- Corte Suprema de Justicia, habeas corpus del 16 de noviembre de 2016, radicado

[20] Corte Constitucional, sentencias C-470 de 2011 y C-695 de 2013 (estudia el principio de legalidad en la privación preventiva de la libertad): *"El test de proporcionalidad es un instrumento hermenéutico que permite establecer si determinada medida resulta adecuada y necesaria para la finalidad perseguida, sin que se sacrifiquen valores, principios o derechos de mayor entidad constitucional para el caso concreto que se analiza"* (p. 01).

[21] Artículo 93 Constitución Política de Colombia de 1991: *"Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia"*.

[22] El artículo 3º de la Ley 906 de 2004 consagra: *"En la actuación prevalecerá lo establecido en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que traten sobre derechos humanos y que prohíban su limitación durante los estados de excepción, por formar bloque de constitucionalidad" (subrayado fuera del texto original).*

49246, Magistrado Ponente: José Luis Barceló Camacho.

- Corte Suprema de Justicia, habeas corpus del 17 de septiembre de 2008, radicado 30299, Magistrado Ponente: Sigifredo de Jesús Espinosa Pérez.
- Corte Suprema de Justicia, habeas corpus del 18 de diciembre de 2015, radicado 47329, Magistrado Ponente: Eugenio Fernández Carlier.
- Corte Suprema de Justicia, habeas corpus del 18 noviembre de 2011, radicado 37877, Magistrado Ponente: Sigifredo de Jesús Espinosa Pérez.
- Corte Suprema de Justicia, habeas corpus del 22 de agosto de 2016, radicado 48682, Magistrado Ponente: José Francisco Acuña Vizcaya.
- Corte Suprema de Justicia, habeas corpus del 24 de enero de 2011, radicado 35662, Magistrado Ponente: José Leonidas Bustos Martínez.
- Corte Suprema de Justicia, habeas corpus del 24 de noviembre de 2014, radicado 45044, Magistrado Ponente: Gustavo Enrique Malo Fernández.
- Corte Suprema de Justicia, habeas corpus del 28 de abril de 2010, radicado 34044, Magistrado Ponente: Jorge Luis Quintero Milanés.
- Corte Suprema de Justicia, sentencia de Casación del 30 de mayo de 2012, radicado 37668, Magistrada Ponente: María del Rosario González Muñoz.
- Corte Suprema de Justicia, sentencia de tutela del 02 de julio de 2015, radicado 80488, Magistrado Ponente: José Luis Barceló Camacho.
- Corte Suprema de Justicia, sentencia de tutela del 20 de abril de 2016, radicado 85216, Magistrado Ponente: Luis Antonio Hernández Barbosa.
- Corte Suprema de Justicia, sentencia de tutela del 26 de abril de 2016, radicado 84957, Magistrado Ponente: José Francisco Acuña Vizcaya.
- Gaceta del Congreso de la República de Colombia 551 del 23 de agosto de 2005.
- Ley 906 de 2004, edición 18, Bogotá, D. C., Colombia, Editorial Legis.

El daño inmaterial en la responsabilidad contractual

ENSAYO

Recibido: 12 IV 2018; Aceptado: 30 IV 2018

AUTORA: NEYDA SILVANA ORTIZ D.[1]

Resumen

El reconocimiento del perjuicio inmaterial en nuestra legislación ha evolucionado a partir de la responsabilidad extracontractual; sin embargo, ha sido poco explorado tanto por la jurisprudencia como por la doctrina aquel originado en la responsabilidad contractual. Estas ideas se presentan con la finalidad de demostrar que el perjuicio inmaterial se genera en el incumplimiento de diversos tipos de contratos, de acuerdo con lo que las partes hayan previsto y esperen del negocio jurídico.

Las partes contractuales afectadas en su psiquis por la defraudación del acuerdo de voluntades se ven abocadas a recurrir a la responsabilidad extracontractual como instrumento más eficaz para el reconocimiento expedito de sus intereses; sin embargo, no es la idónea ni la que satisface plenamente los daños ocasionados por los incumplimientos contractuales.

Palabras claves

Daño inmaterial, responsabilidad contractual, reconocimiento, indemnización, perjuicios morales, lesión a intereses inmateriales, incumplimiento en la relación contractual.

Introducción

En la actualidad, el daño inmaterial se ha desarrollado y reconocido por los diferentes tribunales de justicia y en la doctrina de manera amplia, en sede de la responsabilidad extracontractual, avances que han servido en la consolidación de la indemnización integral del daño; aunque a nivel de la responsabilidad contractual no ocurre lo propio, se ha iniciado el camino del reconocimiento del daño inmaterial a partir de los elementos generales que se han venido decantando en la responsabilidad extracontractual.

El daño inmaterial en la responsabilidad contractual resulta ser un tema de suma importancia en virtud de que en nuestra realidad jurídica el reconocimiento de los perjuicios inmateriales derivados del incumplimiento contractual ha sido escaso en las decisiones jurisprudenciales, notándose diferencias en el tratamiento dado por los jueces a los perjuicios extrapatrimoniales cuando la causa del perjuicio es un encuentro social ocasional (Hinestrosa, 1983) y cuando la causa es el incumplimiento contractual.

La responsabilidad contractual presenta como particularidad que el límite para la determinación de los perjuicios materiales e inmateriales a los cuales se sujetarán las partes, en caso de un eventual incumplimiento, es el mismo contrato. En este acuerdo de voluntades toma relevancia el criterio de la previsibilidad de los perjuicios, consagrado en nuestro ordenamiento en el artículo 1616 del Código Civil, que exige una visión dual de dicho criterio: en primer lugar, un análisis desde los perjuicios que las partes previeron y, en segundo término, lo que estas pudieron prever en el momento de su celebración.

En ese sentido, se busca establecer las razones y el fundamento jurídico para determinar si el daño extrapatrimonial es admisible en la responsabilidad contractual, partiendo de la base de que la

---

[1] Abogada y magíster en Responsabilidad Contractual, Extracontractual, Civil y del Estado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Administrativo y Procesal de la Universidad del Rosario. Docente de la Universidad Cooperativa y de la Universidad Autónoma Latinoamericana. Gerente, contralora provincial de la gerencia departamental colegiada del Huila de la Contraloría General de la República. Actualmente, abogada de la Procuraduría Regional del Huila. Correo electrónico: neydao@hotmail.com.

responsabilidad no patrimonial ha tenido un desarrollo significativo jurisprudencial a la vez que normativo en el derecho continental. Aunque los textos codificadores decimonónicos no la consagraron explícitamente, la jurisprudencia sí lo hizo, con base incluso en el derecho romano, y la noción ha tenido una extensión importante en sus distintas manifestaciones, al punto que los nuevos códigos la han consignado.

Las manifestaciones del daño inmaterial en la responsabilidad extracontractual han tenido una gran evolución; no obstante, en materia contractual este desarrollo no ha sido tan dinámico. Si bien es cierto los textos no excluyen el reconocimiento de los daños inmateriales contractualmente, e incluso la jurisprudencia la admite, en principio, las decisiones específicas son restrictivas y las condenas escasas, lo que incita a explorar las justificaciones de este proceder.

En este sentido el problema jurídico de fondo para dilucidar será establecer por qué hay una tendencia restrictiva al reconocimiento del daño inmaterial en la responsabilidad contractual, tanto desde el punto de vista de su existencia como de sus manifestaciones. Al ir desarrollando el tema central, otro interrogante que surge y que se pretende esclarecer es el siguiente: ¿en qué medida el origen o fuente de la responsabilidad afectan la amplitud del daño reconocido?

Bien es sabido que en la responsabilidad extracontractual el límite de la indemnización de perjuicios es lo que se pruebe en el proceso, es decir, todos los daños materiales e inmateriales que se generen del encuentro social ocasional (Hinestrosa, 1983), siempre que sean demostrados dentro del litigio; situación diversa a lo que ocurre en la responsabilidad contractual, puesto que los límites a la indemnización que se genera por los daños causados por incumplimiento de las prestaciones se encuentran claramente dados por el marco del contrato; es así como solo los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales que se encuentren establecidos dentro del contenido contractual, que hayan sido previstos o que sea posible preverlos al tiempo del contrato, serán susceptibles de ser indemnizados, siempre que, como es lo natural, sean probados.

Lo anterior nos lleva a plantear si existen protecciones jurídicas más significativas en daños originados en “accidentes” de la vida, que en las relaciones contractuales, y por qué. Pareciera que la responsabilidad extracontractual es mucho más garantista de los intereses de las víctimas que la responsabilidad contractual en cuanto a la guarda de los intereses de las partes.

En suma, una vez que se expongan las diferentes clasificaciones de los contratos donde se ha presentado la solicitud de indemnizar los perjuicios inmateriales, se podrá establecer si frente a un incumplimiento en cualquier contrato se pueden reclamar perjuicios inmateriales o si existen tipos contractuales, modalidades o prestaciones

Ensayo

Résumé

La reconnaissance de préjudice immatériel dans notre législation a évolué dans la responsabilité délictuelle, cependant, peu exploré à la fois par la pratique et la doctrine qui a pris naissance dans le contrat. Ces idées sont présentées afin de démontrer que le préjudice nom matériel génère souvent dans de violations intangibles des différents types de contrats, selon ce que les parties ont prévu et attendu de l’activité juridique.

Les parties contractantes affectées dans leurs psychés, sont obligées de faire appel à la responsabilité délictuelle plus efficace pour accélérer leur instrument de reconnaissance d’ intérêts, cependant, celle-ci h’est pas la meillevre sulutiun hi celle qui satistait, idéal, ni satisfait pleinement les dommages par des violations contractuelles.

Mots clés

Dommages intangibles, responsabilité contractuelle, reconnaissance, indemnisation, préjudice moral, atteinte à des intérêts intangibles, rupture de relation contractuelle.

particulares que hacen más favorable la admisión de esta clase de daños.

En Derecho Positivo, nuestro Código Civil, inspirado en el Code Napoléon, no consagró expresamente el daño extrapatrimonial; sin embargo, en atención a la evolución jurisprudencial, a la cual a continuación me referiré, se ha llegado a importantes interpretaciones, que redundan en beneficio de la obtención de la indemnización plena del daño.

El daño no patrimonial en la responsabilidad extracontractual encuentra su soporte normativo en el título XXXIV, responsabilidad común por los delitos y las culpas, en el artículo 2341, el cual establece que *"El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido",* y el artículo 2356 C. C. consagra que *"…todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta…".*

Países como España y Chile presentan avances en el desarrollo del tema y lo tratan con la mayor profundidad no solo doctrinal, sino jurisprudencial en diversos e importantes fallos que permiten un análisis y estudio de la evolución de la indemnización del daño inmaterial en la responsabilidad contractual.

El concepto de daño inmaterial que se maneja es restrictivo, puesto que se limita a una especie de este, el daño moral; sin embargo, al analizar estos fallos se puede establecer que el contenido del concepto abarca lesiones inmateriales distintas al dolor o angustia que pueda experimentar una persona, como lo expresó el Tribunal Supremo de España, Sala Civil, en sentencia del 20 de julio de 1988 y la Corte de Santiago de Chile en sentencia del 9 de diciembre de 2003 y del 26 de octubre de 2004.

Para efectos de comprensión del lector, en el desarrollo del escrito se entenderá como concepto de daño inmaterial toda lesión a intereses no patrimoniales, la cual comprende dolor, angustia, aflicción física o espiritual, padecimientos a las condiciones sociales o morales de la persona que afectan los estados del espíritu del ser humano.

El problema jurídico de fondo y objeto de análisis será establecer por qué hay una tendencia restrictiva al reconocimiento del daño inmaterial en la responsabilidad contractual, tanto desde el punto de vista de su existencia como de sus manifestaciones.

Reconocimiento del daño inmaterial derivado del incumplimiento de relaciones contractuales

Reconocimiento restringido

El reconocimiento del daño inmaterial en el aspecto contractual no ha sido un tema de fácil aceptación por los diferentes ordenamientos, puesto que se encuentran legislaciones en las que dicho reconocimiento presenta criterios restringidos. Sin embargo, en la generalidad de los ordenamientos, se ha acogido un criterio amplio, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, al grado que en la actualidad se encuentra suficientemente aceptado el reconocimiento del daño inmaterial derivado de una relación contractual.

En materia contractual, a pesar de la aceptación general del reconocimiento del daño inmaterial por sistemas jurídicos internacionales y por la jurisprudencia extranjera, existen ordenamientos, como el caso alemán, en el que la misma ley dispone que para el reconocimiento del daño inmaterial deben estar estos expresamente reconocidos, como lo establece el artículo 253 del BGB, "El daño no patrimonial sólo puede ser indemnizado en los casos establecidos por la ley".

Pese a dicha restricción legal, la jurisprudencia germana ha extendido la indemnización de esta clase de perjuicios, integrando el contenido de la Constitución, protegiendo en esa medida los derechos personalísimos como la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad (Solé, 2009).

Quizás la causa más relevante para que en este sistema sea restringido dicho reconocimiento es la mínima aceptación que se tiene del valor de afección cuando se traban relaciones económico-sociales.

Se ha discutido en el campo del derecho romano si la restricción a dicho reconocimiento es igualmente predicable a dicho sistema jurídico y si en las relaciones contractuales existía o no valor de afección en el campo contractual.

De otro lado, se argumentó por la doctrina que en los textos romanos cuando se mencionaba el término *id quod interest,* este no era un sinónimo de interés pecuniario, sino que hacía referencia a todo interés jurídico protegido, lo que llevaba a concluir que en los contratos sí era predicable el valor de afección. De esta forma, los intereses del acreedor para su resarcimiento se encuentran limitados a que no se trate de un capricho, para así recibir tutela (Domínguez, p. 181).

Reconocimiento amplio

Contrario a lo expuesto anteriormente, se encuentra la consagración a nivel internacional de los perjuicios inmateriales derivados de un incumplimiento contractual, que demuestra un gran avance en la fundamentación para las bases de futuros desarrollos jurisprudenciales.

En los Principios Europeos de Derecho de los Contratos (PECL, Principles of European Contract Law), así como en el CFR (Code of Federal Regulations) y en los Principios del Unidroit (International Institute for the Unification of Private Law), se reconoce la indemnización de los daños inmateriales que derivan del incumplimiento contractual, así:

El artículo 9:501(1) (a) de los PECL reconoce la posibilidad de indemnizar el daño moral derivado del incumplimiento contractual. Según el precepto, "(1) La parte perjudicada [por el incumplimiento] está facultada para reclamar una indemnización de daños y perjuicios por la pérdida que le hubiera causado el incumplimiento de la otra parte si ésta no se encuentra exonerada de acuerdo con el art. 8.108. (2) La pérdida respecto a la cual se puede reclamar indemnización incluye: (a) Pérdida no pecuniaria; […]".

Por su parte, el nuevo artículo 3:701 del CFR adopta el mismo criterio, con alguna precisión adicional. Según el precepto, "(1) El acreedor tiene derecho a los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de una obligación por parte del deudor, salvo que exista una justificación para ello. […] (3) 'Daños y perjuicios' incluyen los daños y perjuicios económicos y no-económicos. Los 'perjuicios económicos' incluyen las ganancias o ingresos dejados de obtener, los gastos en los que se ha incurrido, así como la disminución en el valor del patrimonio. Los 'daños no-económicos' incluyen el sufrimiento y el deterioro de la calidad de vida".

También los Principios del Unidroit reconocen la indemnización de los daños morales que derivan del incumplimiento contractual. Como señala su artículo 7.4.2, "(1) La parte perjudicada tiene derecho a la reparación integral del daño causado por el incumplimiento. Este daño comprende cualquier pérdida sufrida y cualquier ganancia de la que fue privada, teniendo en cuenta cualquier ganancia que la parte perjudicada haya obtenido al evitar gastos o daños y perjuicios. *(2)* Tal daño puede ser no pecuniario e incluye, por ejemplo, el sufrimiento físico y la angustia emocional"[2].

Los PECL determinan el reconocimiento derivado de un incumplimiento contractual, denominando los perjuicios como pérdidas no pecuniarias. Por su parte, el CFR los denomina perjuicios no económicos, pero aquí se va más allá cuando se mencionan algunos perjuicios concretos, como son el sufrimiento y el deterioro de la calidad de vida.

Finalmente, los Principios Unidroit, al igual que los PECL, consagran la denominación de perjuicios no pecuniarios derivados de una relación contractual e incluyen, entre los perjuicios que se pueden presentar, el sufrimiento físico y la angustia emocional.

De lo anterior puede concluirse que la gran mayoría de ordenamientos extranjeros reconocen la indemnización de perjuicios de daños inmateriales por incumplimiento contractual; en algunos de ellos su reconocimiento es expreso, como es el caso de Argentina, que ha consagrado expresamente la indemnización de los daños inmateriales derivados de la ruptura contractual en el artículo 522 del Código Civil.

Así, "*En los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso"*.

En nuestro ordenamiento colombiano se ha consagrado expresamente en el contrato de transporte, en el artículo 1006 del Código del Comercio; en otros, su aplicación se da apelando a las reglas de integración del ordenamiento constitucional o a interpretaciones extensivas de la norma general de indemnización de perjuicios contractual, que permiten flexibilizar este reconocimiento (Domínguez, 1994, p. 158).

Reconocimiento jurisprudencial

En la jurisprudencia comparada, el reconocimiento del daño inmaterial ha sido abundante[3], en ella se ha

[2] Disponible en http://ec.europa.eu/consumers/rights/cons_acquis_en.htm. La traducción española de los Principios Unidroit puede consultarse en http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf.

[3] Algunas sentencias a manera de ejemplo de jurisprudencia comparada: a) sentencia 609/1998 Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil: Responsabilidad por negligencia profesional del abogado, acreditación del perjuicio emergente y axiología daño moral. Centro de Documentación Judicial. Id Cendoj: 28079110011998102534; b) sentencia del 8 de septiembre de 1992, Corte de Apelaciones de Santiago. Comentada Revista de Derecho nº 193. Año LXI. Enero-junio 1993; c) sentencia del 5 de noviembre de 2001, Corte Suprema de Chile, autos 1368-00 Ruiz Ruiz Hugo con Laboratorios Biológicos, S. A., y otros. Comentada Revista de Derecho nº 209.

reconocido el perjuicio inmaterial en la responsabilidad contractual en diversos contratos, como los de medicina, de transporte, de mandato y de trabajo.

A pesar de la aceptación generalizada del reconocimiento del daño inmaterial en la responsabilidad contractual, no existen hoy unos principios claros que orienten el tema, puesto que muchas de las solicitudes que surgen en sede de responsabilidad contractual se fundamentan en la normatividad de la responsabilidad extracontractual, lo cual genera una inadmisibilidad del cúmulo de responsabilidades; ejemplo de ello, la sentencia del 8 de septiembre de 1992, Corte de Apelaciones Santiago.

En cuanto a daño inmaterial en la responsabilidad contractual, la jurisprudencia nacional ha sido escasa, aparecen pocos fallos que tratan en concreto el tema, siendo importante referenciar los casos que aceptan el reconocimiento, a los cuales se hará alusión brevemente:

- El Consejo de Estado, Sección Tercera, referencia 4039, fallo del 24 de septiembre de 1987, no distingue los perjuicios materiales de los morales, por lo que la pérdida *latu sensu* también debe referirse al menoscabo en el patrimonio moral. Para autores como Pothier y Domat, este resarcimiento se debe negar, mientras que para Planiol y Ripert sí se puede ocasionar una lesión extrapatrimonial, un daño no material.

Aunque no existe un interés meramente moral en materia de contrato con carácter exclusivo, existe en la obligación contractual un valor venal y un valor moral. Se hace necesario el criterio de equidad para la indemnización de perjuicios.

Este fallo fue acertado al conceder los perjuicios extrapatrimoniales al contratista por el dolor que padeció por la declaratoria de caducidad, que va unido a la dignidad personal, profesional y científica, adquiriendo esta clase de perjuicios mayor relevancia que los perjuicios materiales sufridos. El contratista es un colaborador de la Administración; no puede negarse que la conducta de la Administración causó dolor, desengaño, frustración y angustia en quien por su comportamiento dentro del contrato tenía derecho a esperar otra cosa diferente.

- El Consejo de Estado, Sección Tercera, referencia 9206, fallo del trece (13) de octubre de mil novecientos noventa y cuatro (1994). Se concedieron perjuicios morales por una sanción de caducidad por incumplimiento contractual que fue revocada, puesto que cuando se decretó la sanción el contratista quedó ipso facto incurso en la inhabilidad correspondiente hasta cinco años, es decir, que al declararse la nulidad, surgió la ilegalidad de la inhabilidad y por supuesto de sus consecuencias. Fue un fallo acertado, pero el fundamento fue realmente escaso.

Como se puede establecer con lo anterior, la jurisprudencia colombiana ha reconocido en algunas ocasiones el daño inmaterial contractual, pero en su gran mayoría se ha negado dicha indemnización.

Factores que restringen el reconocimiento y aceptación del daño inmaterial en material contractual

Factores de restricción de la aceptación del daño inmaterial en materia de responsabilidad contractual, se encuentran las siguientes: a) la consideración que quien padece el perjuicio es una persona jurídica; b) el malentendido sobre la regla de prohibición de cúmulo de responsabilidades contractual y extracontractual; c) la premisa que establece que el incumplimiento contractual per se no genera daños inmateriales; d) La falta de entidad del daño; e) la falta de prueba del perjuicio; f) Los perjuicios inmateriales son los generados exclusivamente por la afectación a derechos personalísimos; g) los perjuicios generados por el incumplimiento contractual son los que se establecen taxativamente; h) el contenido restrictivo de la prestación en desarrollo de la relación contractual limita la previsión de los perjuicios. Algunos de tales factores serán desarrollados de esta forma:

Regla de prohibición de cúmulo de responsabilidades contractual y extracontractual

El fundamento de la reparación del daño contractual no es el artículo 2341 del Código Civil, sino el 1613, según el cual el incumplimiento genera la obligación de pagar todos los perjuicios causados, lo que no excluye los inmateriales.

Año LXIX. Enero-junio 2001; d) sentencia del 20 de octubre de 1994. Autos rol 18.647. Revista de Derecho nº 91. Comentario Revista de Derecho nº 196. Año LXII. Julio-diciembre de 1994; e) Corte Suprema de Chile. Sentencia del 8 de septiembre de 1992, Corte Suprema de Chile. Referenciada *Revista de Derecho nº 193*. Año LXI. Enero-junio 1993; f) sentencia Corte Santiago, 9 de diciembre de 2003, rol civil 4677-1999. Comentario Revista de Derecho nº 214. Año LXXI. Julio-diciembre 2003; g) sentencia Corte Santiago, 5 de mayo de 1999, autos rol 380 - 98. Comentario Revista de Derecho nº 204. Año LXVI. Julio-diciembre 1998.

En suma, aunque en un principio la Corte Suprema de Justicia consideró que no eran viables los perjuicios extrapatrimoniales derivados de un incumplimiento contractual por cuanto el fundamento de estos perjuicios eran los artículos 2341 y ss. del Código Civil, normas que servían de soporte jurídico para la responsabilidad extracontractual, posteriormente, aunque no se negaba la posibilidad del reconocimiento, los accionantes demandaban inadecuadamente puesto que continuaban soportando su pedido de perjuicios inmateriales derivados de un contrato en las normas de culpa aquiliana.

Ejemplo de ello, lo decidido en la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia del 22 de septiembre de 1950, en la que se manifestó que ni la ley ni la doctrina autorizan el ejercicio de la acción de responsabilidad de forma híbrida, puesto que al tener causas jurídicas diferentes, la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual se excluyen entre sí.

En consecuencia, para la solicitud de perjuicios inmateriales en la responsabilidad contractual, la fundamentación legal debe corresponder a la responsabilidad por culpa contractual que se encuentra en los preceptos del título XXXIV libro 4 del Código Civil.

El factor de restricción para la aceptación del reconocimiento de los daños inmateriales aquí expuesto no se fundamenta en criterios sustanciales, sino procesales, en virtud de que las solicitudes de perjuicios se realizaron fundamentadas en un indebido soporte normativo, lo que generó que la Corte Suprema de Justicia no admitiera el reconocimiento por la prohibición del cúmulo de las acciones de responsabilidad contractual y extracontractual. Es decir, la Corte no entró a revisar de fondo la solicitud, ni mucho menos fue negada porque le faltara alguno de los elementos para la configuración del daño inmaterial derivada del incumplimiento contractual.

El incumplimiento contractual per se no genera daños inmateriales

El incumplimiento de la obligación no puede constituir en sí y por sí un daño inmaterial, como lo estableció la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia del 30 de noviembre de 1945, así como tampoco podrán serlo sus consecuencias en cuanto se trate de las repercusiones de orden subjetivo o síquico de la inejecución de la prestación, tesis sostenida por el doctrinante Renato Scognamiglio[4].

Frente a la posición de la sentencia anteriormente comentada, el Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil, en sentencia del 9 de mayo de 1984, manifestó que si bien es cierto el solo incumplimiento no es suficiente para que se generen perjuicios inmateriales, si se encuentran dados, proceden para su reconocimiento.

Al referirse a la prueba dentro del proceso del daño moral, manifiesta el Tribunal Supremo de España que "…su prueba, es, paradójicamente, más fácilmente apreciable o perceptible en los casos de incumplimiento contractual, pues ya el hecho de esa conducta en una de las partes en el contrato produce, en el curso normal de la convivencia y de las expectativas creadas por la relación negocial intersubjetiva, una frustración, una ruptura de la confianza que es la base de la buena fe…".

Falta de entidad del daño inmaterial impide su reconocimiento

Otro de los factores restrictivos de aceptación del reconocimiento de los daños inmateriales se encuentra cuando este daño no tiene suficiente entidad en virtud de que corresponde a un malestar e inconformidad normal que se presenta con el hecho de ver frustradas las partes sus expectativas en el desarrollo del contrato, lo cual no amerita un reconocimiento de los perjuicios inmateriales.

Como lo dijo el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en sentencia del 28 de noviembre de 2002, cuando se cancela la inscripción del registro de proponentes, lo cual no produjo un daño moral de magnitud y trascendencia, en este evento el demandante solicitó perjuicios morales por la afectación que sufrió en su imagen profesional, en su situación sicológica y por lo tanto en su actividad económica, confundiendo aquí los daños morales con las repercusiones materiales que se generan del incumplimiento contractual.

De igual manera, el incumplimiento retardado de una obligación contractual no da lugar a exigir automáticamente una indemnización por perjuicios morales. Así se pronunció la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia del 29 de octubre de 1945.

La entidad del daño se presenta cuando los perjuicios morales se concretan en un interés jurídico protegido, como la lesión al buen nombre y a la dignidad profesional, los daños a la reputación de un profesional. El daño

---

[4] Tesis acogida en el fallo del Consejo de Estado. Sección Tercera. Ref.: 2963. Fecha: 25 de julio de 1985. Este planteamiento lo manifiesta el autor Renato Scognamiglio en su libro El daño moral. 63-66.

inmaterial exige una prueba específica de su materialización.

En consecuencia, el grado de intensidad de la lesión, o lo que mejor se llama intensidad del daño, es esencial para determinar su reconocimiento y posterior indemnización.

Falta de prueba del perjuicio impide el reconocimiento del daño inmaterial

La solicitud de los daños inmateriales en la responsabilidad contractual no se puede limitar solo a su dicho en una mera afirmación, sino en acudir a un medio probatorio pertinente y conducente, como el dictamen pericial o la prueba testimonial. Si no hay una prueba del daño, no habrá certeza y convicción de que la víctima lo padeció. Expresado así por el Consejo de Estado en sentencia del 28 de noviembre de 2002.

Una de la condiciones de existencia del perjuicio es su carácter cierto: "…el perjuicio eventual no otorga derecho a indemnización… el problema será siempre el mismo: probar la certeza del perjuicio…"[5] (Henao, 2007, pp. 129-132).

Con suficiente razón los jueces niegan los perjuicios inmateriales por no determinar en qué consistió el daño ni cómo repercutió en atributos de la personalidad ni en su haber moral (Corte Suprema de Justicia, sentencia del 25 de mayo de 2005).

Los perjuicios generados por el incumplimiento contractual son los que se establecen taxativamente

Algunos perjuicios están taxativamente establecidos para incumplimientos contractuales, donde no se consagran los daños inmateriales. Otro factor que restringe la aceptación de daños inmateriales es el caso en el cual no se encuentran taxativamente establecidos estos daños, como en la figura jurídica del saneamiento por evicción, consagrado en el artículo 1904 del Código Civil, en el cual se establecen las prestaciones a las que está obligado el vendedor en caso de evicción, normatividad que no contempla los perjuicios inmateriales.

Este rechazo de los perjuicios inmateriales desconoce que el artículo 1904 del Código Civil se refiere a las prestaciones a las que hay lugar en caso de saneamiento por evicción y no comprende los daños causados por dicha situación, los cuales pueden ser patrimoniales y no patrimoniales. Es decir, el artículo en mención no regula las indemnizaciones a las que habría lugar.

Perjuicios generados exclusivamente por la afectación a derechos personalísimos

Se presentan cuando hay lugar a la configuración de la lesión inmaterial solo en el evento de violación de derechos de la personalidad. Sin embargo, el incumplimiento contractual cuando está presente una sanción administrativa ha servido para reconocer el daño inmaterial en otros fallos de la jurisprudencia nacional, argumentando que al declararse la caducidad surge la inhabilidad para el contratista y por ende sus consecuencias, haciéndose evidente los perjuicios morales por el solo hecho de estar inhabilitado.

Se le da relevancia a la sanción administrativa y establece ipso facto el daño moral para la persona natural[6]. En consecuencia, resultaría viable reconocer la indemnización del daño moral derivado de la imposición de una sanción contractual, siempre que haya convicción y certeza de que la víctima lo padeció (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de marzo de 2004).

En nuestra legislación, se consagra en el artículo 1616 del Código Civil que solo en caso de presentar dolo, el deudor responderá por todos los perjuicios, o lo hará con respecto a aquellos perjuicios que se previeron o que pudieron preverse al tiempo del contrato.

Aunque las decisiones en las que se ha denegado el reconocimiento estuvieron fundamentadas en que los demandantes se limitaron a solicitar los perjuicios sin lograr demostrar la lesión de los derechos personalísimos, estas debieron soportarse de forma más contundente, en afirmar que al no probar el daño, resulta imposible reconocer la clase de intereses o derechos que se encuentran lesionados.

La jurisprudencia nacional no clarifica en los escasos fallos en los que ha revisado la solicitud de reconocimientos de perjuicios inmateriales cómo llegar a la convicción y certeza cuando se trata de esta clase de indemnización, ni tampoco determina qué se requiere para su demostración, pues si bien es cierto se parte del principio de que el solo incumplimiento contractual no genera los perjuicios inmateriales, también lo es que se deben dar bases para que este reconocimiento en la práctica sea viable. Siempre que exista el perjuicio y se demuestre, procede

5

6 Consejo de Estado. Sección Tercera. Referencia: 9206. Fecha: 13 de octubre de 1994.

la reparación de todos los intereses del acreedor; la forma de reparación más usada ha sido la pecuniaria.

En suma, en la gran mayoría de casos donde se ha sometido a estudio la consideración de esta clase de indemnización, el problema ha sido probatorio; en algunos casos no se demuestra el daño padecido, como lo señaló el Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencia del 18 de marzo de 2004; en otros no se identificó el derecho inmaterial que se vio afectado (Consejo de Estado, sentencia del 25 de julio de 1985), es decir, no se especifica si las perturbaciones físicas y psíquicas afectan propiamente un interés moral, como el derecho a la intimidad o al buen nombre o el derecho a gozar de una vivienda en paz, etc.

Al no tener identificado el derecho lesionado, aunque se presente el daño inmaterial, será muy difícil probar el daño al acreedor.

En conclusión, los factores que restringen el reconocimiento del daño inmaterial en el campo civil ocasionan que sea discutible la lesión del patrimonio moral del acreedor, pero no imposible, lo que no ocurre en materia laboral por cuanto los derechos personalísimos se ven mucho más afectados, se lesiona a la persona misma en sus componentes esenciales.

Procedencia del reconocimiento de perjuicios inmaterial en la responsabilidad contractual

Teniendo en cuenta el estado de cosas en la jurisprudencia y con el ánimo de precisar las bases para la procedencia del daño inmaterial en la responsabilidad contractual, en especial para su demostración, es imprescindible prestar atención a lo siguiente:

1. Determinación del interés afectado del daño inmaterial

El interés afectado debe soportarse en criterios objetivos, como la entidad, la gravedad y la licitud del daño, con el fin de evitar decisiones arbitrarias.

La precisión de los criterios objetivos es un gran avance logrado por la doctrina (Cortés, 2009) para establecer parámetros que ayudan a liquidar esta clase de perjuicios en derechos inmateriales, como el daño a la salud.

Así mismo, otro criterio es la gravedad del daño, es decir, la seriedad o gravedad de la lesión que se cuantifica en la medida en que comprometa valores constitucionales de los que derive un daño intolerable en la sociedad. "La seriedad de la lesión puede constituir un filtro adecuado para la selección de los intereses merecedores de tutela" (Cortés, 2009).

Se concluye de lo anterior que si la lesión generada con el incumplimiento contractual perjudica la salud de la persona de forma grave y con suficiente entidad, será posible la condena por daño inmaterial, con base en criterios objetivos.

Otro criterio objetivo para la determinación del daño inmaterial es la licitud y tutela jurídica: El interés del acreedor debe ser serio lícito y digno de protección jurídica. No son intereses dignos de tutela los dirigidos a satisfacer simples caprichos, intereses fútiles o compromisos de mera cortesía[7].

En la determinación del daño inmaterial se debe hacer la comparación de la lesión al bien extrapatrimonial frente al incumplimiento, puesto que no solamente se incumple el contrato cuando la prestación principal se deja de realizar o se realiza de forma imperfecta, sino cuando cualquiera de la obligaciones conexas no se realiza, lo que genera responsabilidad de tipo patrimonial por daños inmateriales.

Por tal razón, no se debe determinar cuál fue el incumplimiento, sino cuales fueron las consecuencias que afectaron los intereses de la persona, con el fin de establecer la tutela o no de estos intereses.

La reparación de los daños no patrimoniales tiene no una función compensatoria ni equivalente al daño sufrido por el lesionado, sino que proporciona satisfacción a quien la padece. Los derechos inmateriales son "todos aquellos intereses emergentes de la persona que se traducen en daños que obstaculizan las actividades para la realización del ser humano…" (Cortés, 2009).

Es claro que una vez que el acreedor determina el interés inmaterial afectado, debe establecer si este es jurídicamente relevante; si lo es para el mundo del derecho, el derecho inmaterial encontrará la protección y el perjuicio será indemnizable.

2. Apreciación de la prueba en materia contractual

En cuanto a la apreciación de la prueba en materia contractual, se debe analizar todo el contexto en el que se desenvolvió la relación negocial, las situaciones específicas de las partes; en concreto, se debe demostrar cómo eran las condiciones de vida de las partes antes de perfeccionar el contrato para determinar de qué manera se alteraron dicha condiciones.

[7] Tesis ecléctica iniciada por Scialoja, referenciada por la doctora Domínguez Hidalgo, Carmen. El daño moral, tomo i (p. 186). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Al realizar este análisis, el juez, bajo los criterios de la sana crítica, va construyendo su convicción; a partir del ambiente en el que se encuentra logrará captar los sentimientos, las reacciones normales, habituales, de las personas cuando sufren lesiones a los intereses inmateriales. Así, por ejemplo, si se demuestra el parentesco, es normal la aflicción que se padece, ya que estos son los sentimientos primarios habituales (Hinestrosa, 1983).

En conclusión, como criterios para la apreciación de la prueba del daño inmaterial se encuentran el establecimiento de la situación de las partes anterior y posterior al incumplimiento contractual, el grado de cercanía con la parte lesionada y los intereses, afectos e inclinaciones de la parte.

Una de las grandes problemáticas para el reconocimiento de la indemnización del daño moral contractual ha sido el probatorio, habida cuenta de que el incumplimiento contractual no genera inmediatamente perjuicios inmateriales, es decir, no siempre va a estar inmersa una afectación inmaterial en la relación negocial. Por ello luego de establecer el daño inmaterial se deben utilizar todos los medios probatorios.

Existe disparidad de criterios de la jurisprudencia nacional frente a un mismo incumplimiento, lo que demuestra que aunque se han realizado avances en el reconocimiento del daño inmaterial, los argumentos para fundamentar esta aceptación aún son débiles.

3. El contenido de la prestación en la relación contractual

En el proceso de aceptación del reconocimiento de los perjuicios inmateriales, encontramos que los contratos en su gran mayoría donde se presenta incumplimiento y se solicitan perjuicios de esta clase, el contenido de sus prestaciones no afecta directamente los derechos de la personalidad, sino que aparecen como un daño o lesión colateral, de la prestación principal, afectando intereses inmateriales que se tienen sobre ella. Como no se afecta directamente el derecho personalísimo en la generalidad de las relaciones contractuales, esa es una de las razones para la negación de estos perjuicios.

4. Valoración y la proporcionalidad con el objeto contractual y con la finalidad misma de las partes

Se repara el mal ocasionado a la víctima para procurarle el resarcimiento equivalentes a la lesión. El *quantum* de la indemnización debe ser proporcional con el agravio sufrido y no con la falta cometida.

Para la reparación del daño moral, se deben buscar factores objetivos que permitan establecer una relación proporcional entre daño y reparación. La condena simbólica del daño moral tiene el mismo fundamento de la pena privativa, la cual podría caer en una arbitrariedad mayor que si se sometiera al arbitrio del juez el correspondiente monto de reparación (Brebbia, 1950).

En la gran mayoría de los casos, las partes no pactan anticipadamente los perjuicios, por lo que es el juez quien determina la cuantía por reconocer, como lo expresó el Tribunal Supremo de España en sentencia del 29 de abril de 2005, en caso de incumplimiento del contrato.

La decisión del juez puede ir desde la mera obtención de una sentencia favorable (Tribunal Supremo de España, sentencia del 24 de abril de 2002) hasta el otorgamiento de una cantidad considerable o simbólica de dinero.

La proporción se hace de acuerdo con el sufrimiento de las víctimas y con el comportamiento o conducta de la entidad causante del daño (Tribunal Supremo de España, sentencia del 17 de febrero de 2005), es decir, con la conducta desplegada por la parte incumplida.

El rompimiento contractual no debe causar necesariamente un reflejo en la parte financiera puesto que el daño inmaterial se refleja en la psiquis del individuo, aunque la parte económica del contrato no se vea afectada. En ocasiones, las especificaciones de las partes, así no correspondan al promedio exigido por la sociedad, deben ser respetadas en virtud del principio *pacta sunt servanda* (Ruxley Electronics and Construction Ltd v Forsyth [1996] AC 344), es decir, por excéntricas o salidas del común exigido por la comunidad, las pretensiones de las partes se respetarán, a menos que vayan contra la ley.

Para hacer este tipo de valoración es necesario analizar las decisiones que han reconocido el perjuicio inmaterial; tal es el caso en el que existió un contrato (Consejo de Estado, sentencia del 24 de septiembre de 1987) que tenía como objeto realizar la interventoría de obra de construcción de redes, cuyas finalidades eran del lado del Estado; la interventoría, como resultado de un concurso de méritos, correspondió al ingeniero David Vásquez. Entre otras finalidades se encontraba consolidar su prestigio profesional e idoneidad teniendo en cuenta que había ganado un concurso de méritos, finalidad que no se cumplió por cuanto se le declaró la

caducidad sin fundamento legal, poniendo en tela de juicio sus calidades personales, su capacidad de trabajo. En lugar de aumentar su prestigio, lo que se presentó fue la afectación a su buen nombre de profesional.

La valoración de la frustración de la finalidad de la parte, en este caso el Consejo de Estado la valoró en 500 gramos oro, es decir, otorgó la mitad de lo máximo que se otorgaba por daño moral extracontractual para el año 1987. Este es un caso en el que resulta que no hubo mucha proporcionalidad en la medida en que el daño estuvo probado, de un lado y, del otro, no se mencionó por el alto tribunal algún atenuante en el daño o en el incumplimiento por parte del Estado.

En ese orden de ideas, si el límite tomado fueron los 1.000 gramos oro (límite en el que se encontraba el resarcimiento para el momento de la sentencia), eso supone que la cantidad otorgada debía corresponder a ese monto.

Otro contrato, según el Consejo de Estado en su fallo del 13 de noviembre de 1994, analizado por la jurisprudencia fue aquel que tenía como objeto la adecuación del edificio del Instituto de los Seguros Sociales (ISS), coincidiendo con la finalidad de la entidad y con la del contratista, lo cual es la nueva experiencia de una obra realizada y entregada a satisfacción, llegando así a consolidar su nombre profesional.

El monto de la indemnización debe corresponder a lo alegado y lo probado; se debe probar la intensidad del daño y por ende su cuantificación; no basta solo con alegar los perjuicios. En este caso los perjuicios se reconocieron porque se consideró por el juez que con la ilegalidad de la inhabilidad surgían perjuicios inmateriales.

Se condenó a 500 gramos de oro fino, teniendo en cuenta lo siguiente: a) comportamiento desleal del ISS; b) incuria de la entidad pública; y c) violación del principio de contratación, en especial buena fe. Se aprecia que la condena fue proporcional; el juez utilizó parámetros para su valoración como son el comportamiento del deudor y circunstancias del contrato, otorgó la mitad del límite establecido para daño moral. Soportó su indemnización en criterios objetivos.

Conclusiones

- La aceptación del reconocimiento del daño inmaterial derivado del incumplimiento contractual, aunque es una idea que la doctrina ha concebido, partiendo de consideraciones expresadas en la legislación y en el ordenamiento constitucional; su desarrollo en la jurisprudencia no ha ido tan concomitante ni ha avanzado tanto, como sí lo ha hecho la realidad de las situaciones de incumplimiento contractual que generan lesiones a los intereses inmateriales, realidades que requieren verse reflejadas en las decisiones de nuestras cortes.
- En la jurisprudencia foránea y en la nacional no existe uniformidad de criterios para el reconocimiento del daño no patrimonial ni en los elementos que deben estar presentes para la aceptación de esta clase de perjuicios, ni la cobertura de la indemnización otorgada, ya que depende de cada ordenamiento jurídico y por ende se dejan dichas consideraciones al *arbitrium iudice*. En suma, no existe un tratamiento con fundamentos semejantes para otorgar la indemnización ni seguridad jurídica para quien solicita los perjuicios inmateriales.
- Frente a los casos de incumplimiento contractual sometidos a los tribunales de Justicia, los argumentos para el reconocimiento del daño inmaterial han sido muy débiles, les ha faltado contundencia para la elaboración de un sistema de reconocimiento de los perjuicios inmateriales que tienda a la reparación integral del daño. En consecuencia, se propone un análisis profundo del derecho personalísimo, del atributo de la personalidad y en general del interés inmaterial afectado y su relación causal con la prestación objeto del contrato, con el fin de establecer la presencia de los perjuicios inmateriales derivados de incumplimiento contractual.
- Los límites para el reconocimiento de los daños inmateriales son formales y fácilmente superados con una prueba idónea y con un estudio juicioso del principio de la previsibilidad del perjuicio en la relación contractual, con el fin de llegar a un conocimiento integral del contenido de la prestación en cada caso.
- El juez debe, en el momento de determinar si los perjuicios inmateriales derivados del incumplimiento contractual estaban previstos o se pudieron prever en el momento del desarrollo del contrato, analizar consideraciones subjetivas y objetivas que estuvieron presentes cuando las partes libremente dispusieron de sus intereses.

- La lesión de derechos personalísimos no se encuentra restringida a alguna clase de contrato; se puede presentar transgresión a intereses inmateriales en cualquier relación contractual, sin importar que la prestación sea patrimonial o no, o que el interés jurídico por proteger esté como principal o como accesorio al objeto del contrato.
- Cualquier medio probatorio puede ser utilizado para probar el daño inmaterial derivado del incumplimiento contractual. Así mismo, para la valoración podrán tomarse como referente los topes indemnizatorios establecidos en la jurisprudencia en desarrollo de la responsabilidad extracontractual.
- El principio de la previsibilidad es un criterio esencial en la demostración del perjuicio inmaterial en las relaciones contractuales; sin embargo, hay varios puntos para pensar dadas las profundas transformaciones en materia de responsabilidad. Cada día se extiende más la tesis de unificación de las responsabilidades, es decir, cada vez más las fronteras entre ellas se hacen menos nítidas. En esa medida, en el desarrollo del daño inmaterial en la responsabilidad extracontractual, se podría establecer la viabilidad de aplicar sus fundamentos de reconocimiento a la responsabilidad contractual.
- Otro de los temas para pensar es la posibilidad de ampliación del dolo, cuando en algunas normas se asimila a culpa grave, puesto que asimilando estas cualificaciones de la conducta, se ampliaría el espectro de la responsabilidad del deudor y se acercaría más a la reparación integral de los perjuicios.

Finalmente, se propone dar a los daños inmateriales originados de incumplimiento contractual un tratamiento igualitario al que se les otorga a los perjuicios materiales, para evitar tantas decisiones rechazando este tipo de daño y hacer las decisiones judiciales más acordes con la realidad que se deriva de la necesidad de indemnizar plenamente el daño.

Referencias bibliográficas

- Artículo 1006 del Código del Comercio de Colombia. Disponible en: *http://leyes.co/codigo_de_comercio/1006.htm*.
- Artículo 522 del Código Civil de Argentina. Disponible en https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_de_la_Republica_Argentina.pdf.
- Brebbia, R.H. (1950) *El daño moral.*
- Caso Ruxley Electronics and Construction Ltd v Forsyth [1996] AC 344. Disponible en https://www.lawteacher.net/cases/ruxley-v-forsyth.php.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Referencia: 14040 del 28 de noviembre de 2002.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Referencia: 15936 del 18 de marzo de 2004.
- Consejo de Estado. Sentencia del 24 de septiembre de 1987.
- Consejo de Estado. Sentencia del 25 de julio de 1985.
- Consejo de Estado. Sentencia del 28 de noviembre de 2002.
- Corte de Apelaciones de Santiago de Chile. Sentencia del 8 de septiembre de 1992, comentada *Revista de Derecho* (nº 193) Año LXI. Enero-junio 1993.
- Corte de Apelaciones Santiago. Sentencia del 8 de septiembre de 1992.
- Corte Santiago, autos rol 380 - 98, sentencia del 5 de mayo de 1999. Comentario *Revista de Derecho* (nº 204). Año LXVI. Julio-diciembre 1998.
- Corte Santiago. Rol civil 4677-1999, sentencia del 9 de diciembre de 2003. Comentario *Revista de Derecho* (nº 214). Año LXXI Julio-diciembre 2003.
- Corte Suprema de Chile. Autos 1368-00 Ruiz Ruiz Hugo con Laboratorios Biológicos, S.A., y otros, sentencia del 5 de noviembre de 2001. Comentada *Revista de Derecho* (nº 209). Año LXIX. Enero-junio 2001.
- Corte Suprema de Chile. Sentencia del 8 de septiembre de 1992. Referenciada *Revista de Derecho* (nº 193). Año LXI. Enero-junio 1993.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 22 de septiembre de 1950.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de noviembre de 1945.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 29 de octubre de 1945.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 25 de mayo de 2005.
- Cortés, E. (2009) *La responsabilidad civil y daños a la persona*. Bogotá, Colombia. Pp. 149, 150, 155, 165, 166.
- Domínguez R.H. y Domínguez R. (julio-diciembre 1994). "Daño moral en la responsabilidad contractual ausencia de norma excluyente de su reparación". *Revista de Derecho. LXII* (nº 196). Universidad de Concepción, pp. 158.
- Domínguez, C. *El daño moral.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. Tomo I (pp. 181, 186).
- Domínguez, R.H. (julio-diciembre 2003) "Daño moral contractual. Daño moral de personas jurídicas" *Revista de Derecho* (nº 214), LXXI. Universidad de Concepción. Comentario a la sentencia del 9 de diciembre de 2003, rol civil 4677-1999; sentencia del 26 de octubre de 2004, rol civil 8563-99. Corte de Santiago de Chile, pp. 180-185.
- Henao, J.C. (2007) *El daño*. Bogotá, Colombia. Pp. 129-132.

- Hinestrosa, F. (1983) *La responsabilidad civil*. Escritos varios. Bogotá, Colombia. Universidad Externado de Colombia, p.p. 691.
- Los Principios Europeos de Derecho de los Contratos PECL (Principles of European Contract Law), así como en el CFR (Code of Federal Regulations). Disponibles en http://ec.europa.eu/consumers/rights/cons_acquis_en.htm.
- Ortiz, N. S. (2011) *El daño inmaterial en la responsabilidad contractual*. Bogotá, Colombia.
- Principios Unidroit (International Institute for the Unification of Private Law) pueden consultarse en http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf.
- Sentencia del 20 de octubre de 1994. Autos rol 18.647. *Revista de Derecho* (nº 91), comentada *Revista de Derecho* (nº 196). Año LXII. Julio-diciembre de 1994.
- Solé, J. (2009) "El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español" *Revista para el Análisis del Derecho (InDret)*. Barcelona. P. 15.
- Tribunal Español. Sentencia del 17 de febrero de 2005.
- Tribunal Español. Sentencia del 24 de abril de 2002.
- Tribunal Español. Sentencia del 29 de abril de 2005.
- Tribunal Supremo de España, Sala Civil. (1988) Sentencia Núm. 624.
- Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil: Responsabilidad por negligencia profesional del abogado, acreditación del perjuicio emergente y axiología daño moral. Centro de Documentación Judicial perjuicio emergente y axiología daño moral. Centro de Documentación Judicial. Id Cendoj: 28079110011998102534. Sentencia 609/1998.



Indicaciones para la presentación de artículos y parámetros de evaluación

Los textos presentados a la revista *Rostros & Rastros* pueden ser de tres tipos: artículo científco, artículo tipo ensayo y cuento. Considerando que la publicación conforma por excelencia un espacio académico, se permite cualquier debate siempre y cuando esté sustentado en cada una de sus ediciones semestrales, las cuales están dirigidas al sector académico institucional, así como a los integrantes de la comunidad en términos generales que tengan interés en los temas aquí tratados.

Requisitos técnicos de los textos de la revista Rostros & Rastros

- Tamaño máximo 20 páginas, letra arial 12 puntos, con espacios de tres centímetros sobre los cuatro costados.

- El texto puede ser de cualquier disciplina, en un lenguaje claro, sin excesos técnicos, que permita una fácil comprensión, elaborando siempre el proceso relacional entre los aspectos en desarrollo y su interacción práctica con lo social.

- En el caso del *artículo tipo ensayo* debe plantearse un tema concreto de discusión, alrededor del cual se teje una argumentación estructurada. El desarrollo puede sustentarse en referentes académicos, en la experiencia profesional, en información de prensa o en cualquier otra fuente que se preste a un debate serio, novedoso e instructivo.

- Los artículos propuestos deben ser inéditos, para que la publicación sea aceptada en la revista Rostros y Rastros.

- En el caso del *artículo científico* se busca que el o los autores presenten resultados de un proceso investigativo como adelantos de un proyecto en curso o el desarrollo de un aspecto concreto de una investigación concluida, clarificando su alcance y su propósito.

- Puede incluir gráficos, tablas, mapas, diagramas o similares.

- La bibliografía debe ser referenciada al final del texto, y no en pie de página. Para explicitar la fuente en el documento se enunciará a continuación del acápite de interés entre paréntesis el o los autores, el año de publicación y de ser pertinente la página; ejemplo: (Rozo P. ,1999:21).

- Todo artículo debe tener un título e incluir un resumen donde se resalten los principales aspectos trabajados en el documento. Se sugiere agregar el sumario en fines perseguidos, contexto y principales resultados

- Debe incluir un perfil de la hoja de vida de el o de los autores.

- Los resúmenes no podrán exceder de 120 palabras.

- *En el caso de los cuentos*, se incluirán de uno a dos por edición, de acuerdo con el espacio disponible y la pertinencia. Deben tener la misma extensión que las demás modalidades e incluir implícitamente un mensaje o una reflexión desde lo social.

El 50% del espacio de la revista es reservado a la Procuraduría General

de la Nación y/o a las demás entidades del sector público, mientras que el otro 50% se dirige al sector privado universitario, a la comunidad o a los independientes, tanto a nivel nacional como internacional.

Las personas interesadas en participar deben dirigirse al director de la revista, quien recibirá los artículos, realizará una primera selección para posteriormente por medio de acta de entrega suministra copia de estos al comité, cuyo papel será determinar la aceptación, rechazo o solicitud de modificaciones de los textos. Dicha instancia está conformada por profesionales de distintas áreas y amplia experiencia, pretendiendo desde la interdisciplinariedad generar un debate integral.

Criterios de selección de los textos presentados a la revista *Rostros & Rastros*

- Redacción fluida, comprensible, con concentración clara y pertinente de ideas que cumpla con los parámetros de la revista.

- Aportar elementos novedosos y/o de actualidad.

- En el caso de los documentos cientícos, debe quedar evidente la seriedad y fundamentos de los trabajos realizados.

- En el caso de los ensayos el aporte debe ser evidente con reflexiones oportunas

ROSTROS
& RASTROS